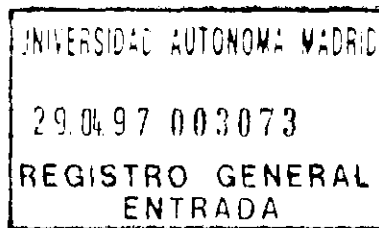


UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, SOCIAL Y
ECONOMICO



**LA OBTENCION DE PRUEBAS
EN EL EXTRANJERO**

**Estudio sobre el Convenio de La Haya de 1970
y su aplicación en el ordenamiento español**

R.D. 99 796. /

**Trabajo de investigación realizado bajo la
dirección del Prof. Dr. D. Julio Diego González
Campos, Catedrático de Derecho Internacional
Privado de la U.A.M., que presenta la Licda.
Dña. María Jesús ELVIRA BENAYAS para la
obtención del grado de Doctor en Derecho.**

Madrid, Abril 1997

INDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	1
INTRODUCCIÓN	11
I. El objeto de estudio	11
II. Objetivos de la investigación	13
III. Plan de la exposición	18

CAPITULO I

LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO COMO ASPECTO DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

I. Introducción: intereses en presencia... ..	20
II. Cooperación judicial internacional en relación con la prueba en un proceso con elemento extranjero... ..	25
1. Aspectos generales	25
2. El objeto de la cooperación judicial internacional	33
A. Alcance del objeto	33
B. Los caracteres de los actos de cooperación... ..	35
C. Exclusión de la litispendencia y de las medidas cautelares	39

CAPITULO II

LOS REGÍMENES DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

I.	Introducción	44
II.	Régimen del Derecho internacional privado autónomo: rasgos generales del ordenamiento español	45
1.	El principio de cooperación y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa como informadores del régimen autónomo español de cooperación judicial internacional... ..	46
2.	Régimen autónomo de cooperación judicial internacional	57
A.	Su carácter residual	57
B.	El marco legal	60
C.	Régimen jurídico de la cooperación activa	64
a)	La interpretación jurisprudencial	69
b)	El término extraordinario y sus problemas	71
D.	Régimen jurídico de la cooperación pasiva	75
a)	Requisitos de admisibilidad	80
b)	Requisitos de ejecutabilidad	88
i)	Que la actuación no forme parte de las atribuciones de la autoridad judicial requerida, y que el tribunal español requerido sea competente para la ejecución de la prueba	89

ii)	Existencia de una competencia exclusiva de los tribunales españoles	92
iii)	Que el objeto de la cooperación no sea manifiestamente contrario al orden público	96
III.	Régimen del Derecho internacional privado convencional	102
1.	Introducción	102
2.	Los Convenios sobre procedimiento de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado	105
A.	Evolución del Derecho convencional de La Haya ...	105
B.	Los convenios sectoriales de La Haya	114
C.	El Convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero de 1970	116
3.	Los Convenios sobre procedimiento de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) I. Convención de Panamá, de 30 de enero 1975 sobre exhortos y cartas rogatorias	121
4.	Convenios bilaterales celebrados por España	125

CAPITULO III

LAS RELACIONES DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1970 SOBRE OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO CON LOS DISTINTOS REGÍMENES DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

I.	Introducción	130
II.	Relaciones del Convenio de La Haya sobre obtención de prueba en el extranjero con el derecho autónomo norteamericano	134
1.	Introducción	134
2.	Las diferentes tesis acerca de la aplicación del Convenio de La Haya de 1970 en relación con el régimen autónomo de cooperación judicial internacional	137
A.	Tesis de la aplicación exclusiva del Convenio de 1970	142
B.	Tesis del uso facultativo del Convenio de 1970	156
C.	Tesis de la aplicación prioritaria ("first use") del Convenio de La Haya de 1970	159
3.	Solución definitiva. La conveniencia de sostener la aplicación prioritaria del Convenio de 1970	165
III.	Relación del Convenio de La Haya de 1970 con otros instrumentos convencionales	167
1.	Introducción.....	167
2.	Cláusulas de relación en el Convenio de La Haya de 1970...	169
3.	Supuestos de concurrencia de convenios en relación con el Convenio de La Haya de 1970	172
A.	Relaciones del Convenio de La Haya de 1970 con los convenios bilaterales adicionales al Convenio de La Haya sobre procedimiento civil de 1954	175

B.	Relaciones entre el Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero y la Convención de Panamá de 1975 sobre exhortos o cartas rogatorias	179
C.	Relación del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero y el art. 7 del Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956	181
D.	Relación del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero y el Convenio de Bruselas de 1968	185
a)	La posibilidad de utilizar el art. 24 del Convenio de Bruselas para la adopción de medidas de aseguramiento de la misma o para la práctica de pruebas anticipadas	188
b)	Los arts. 24 y 25 del Convenio de Bruselas y la práctica de la prueba en el extranjero	192
i)	El art. 24 del Convenio de Bruselas ...	193
ii)	El art. 25 del Convenio de Bruselas ...	197
iii)	La concurrencia entre ambos Convenios en los supuestos anteriores	202
E.	Relación del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero y el Convenio de La Haya sobre notificación de 1965	204

CAPITULO IV

EL CONCEPTO DE PRUEBA Y LA LOCALIZACIÓN TEMPORAL Y ESPACIAL EN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1970

I.	Introducción	211
II.	Concepto de prueba	213
1.	Consideraciones generales y previas sobre la prueba	213
A.	La carga procesal de la prueba	215
B.	La fijación de los hechos para poder ejercitar la acción y demostrar los hechos alegados	216
C.	La cualificación del material probatorio	223
2.	La extensión del concepto de prueba en el Convenio de La Haya de 1970. Supuestos problemáticos	225
A.	Concepto de prueba en el Convenio de La Haya	225
a)	"Evidence" y "preuve"	225
b)	Concepto de prueba	228
B.	La aplicación del Convenio de La Haya de 1970 en los supuestos en los que el medio por el que se pretende la obtención de la prueba en el extranjero sea la "discovery"	230
a)	Contenido de la noción	230
b)	Las reservas de los Estados de Derecho civil... ..	234
c)	La "discovery" en el Convenio de 1970	239
C.	Medidas de aseguramiento de prueba. La prueba anticipada	241

	D.	Otras cuestiones. La inclusión en el concepto de prueba del Convenio de La Haya de la prueba relativa a la información sobre el derecho extranjero	245
III.		Localización temporal. La obtención de prueba en distintos momentos procedimentales	247
	1.	Aplicación del Convenio de La Haya de 1970 a un proceso incoado o futuro	248
		A.	El "pre-trial discovery of documents" 252
		B.	Las cuestiones derivadas del "pre-trial discovery of documents;" y su encuadre en el ordenamiento español 258
	2.	Medidas de aseguramiento de prueba	267
		A.	Naturaleza de las medidas de aseguramiento de prueba 268
		B.	Medios de aseguramiento de prueba 273
		C.	Regulación de las medidas de aseguramiento de prueba 274
		a)	Adopción de una medida de aseguramiento de prueba 275
		b)	Ejecución de las medidas de aseguramiento de prueba 281
IV.		Localización espacial del material probatorio. Lugar de la práctica de la prueba... ..	283
	1.	Prueba aportada desde el extranjero... ..	284
	2.	Prueba <u>ejecutada</u> en el extranjero... ..	286

CAPITULO V

LAS COMISIONES ROGATORIAS Y OTRAS VÍAS PARTICULARES PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO SEGÚN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1970

I.	Introducción...	288
II.	Consideración particular de las diferentes vías de obtención de pruebas en el extranjero según el Convenio de La Haya de 1970...	291
1.	Las utilización de la Comisiones rogatorias en el Convenio de 1970. La práctica de la prueba requerida a través de las comisiones rogatorias ...	291
A.	Transmisión de la comisión rogatoria. Contenido de la petición de cooperación para la obtención de pruebas en el extranjero. Requisitos formales de la petición ...	295
B.	Derecho aplicable a la comisión rogatoria. Forma especial...	301
a)	La forma especial ...	303
b)	La forma especial en el ordenamiento español...	313
i)	Especialidad por el medio de prueba...	318
ii)	Especialidad por la ejecución ...	319
iii)	Especialidad por la formalización de los resultados ...	321
C.	Obstáculos en la práctica de la prueba. Inadmisión. Excepciones de los testigos y de las partes. Denegación de la ejecución de la comisión rogatoria...	323
a)	Inadmisión de la comisión rogatoria ...	323
b)	Exenciones o prohibiciones de testigos, partes y peritos ...	325

i)	Excepción de colaboración por las partes, testigos o terceros en la práctica de la prueba por la existencia de una ley de bloqueo	333
ii)	Supuesto especial de la excepción de declarar de los agentes diplomáticos y consulares	342
c)	Denegación de la ejecución porque ésta no corresponda, en el Estado requerido a las atribuciones del poder judicial. Perjuicio a la soberanía o a la seguridad del Estado requerido	347
2.	Prueba practicada a través de funcionarios diplomáticos y consulares	349
3.	Prueba practicada a través de comisarios	352
A.	La prueba practicada por comisarios en el ordenamiento español, en ausencia de Convenio que desarrolle las prescripciones del Convenio de La Haya	361
B.	La prueba practicada por comisarios en aplicación al Convenio bilateral con el Reino Unido de 1929	367
<u>CONCLUSIONES</u>		369
<u>FUENTES DE CONOCIMIENTO</u>		377
I.	Textos y Documentos	377
II.	Resoluciones judiciales	397
III.	Bibliografía	417

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ABA Journal.....	American Bar Association Journal
AC Audiencias.....	Actualidad Civil. Audiencias
AC.....	Actualidad Civil
ADC.....	Anuario de Derecho civil
ADI.....	Anuario de Derecho Internacional (1975-1981)
AFDI.....	Annuaire Français Droit International
AJCL.....	American Journal of Comparative Law
AJIL.....	American Journal of International Law
AMC.....	American Maritime Cases
Ann.suisse dr.int.....	Annuaire suisse de droit international
AP.....	Audiencia Provincial
apdo.....	apartado
Ar. Civil	Aranzadi Civil
art.....	artículo
ASIL Journal.....	American Society of International Law Journal
AT.....	Audiencia Territorial
AutoTC.....	Auto del Tribunal Constitucional
AutoTS.....	Auto del Tribunal Supremo
B.C. Int' L. Comp. L. Rev....	Boston College International and Comparative Law Review

BGBI.....	Bundesgesetzblatt
BIMJ.....	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BJC.....	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
BOCG.....	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
Brooklyn JIL.....	Brooklyn Journal of International Law
Bus. Lawyer.....	Business Lawyer
Cc.....	Código civil
CdC.....	Código de Comercio
CdD.....	Colección de Decretos
CE.....	Constitución Española
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
CIDIP.....	Conferencia interamericana de Derecho Internacional privado
CIJ.....	Cour International de Justice
CJQ.....	Civil Justice Quarterly
CL.....	Colección Legislativa
Clunet.....	Journal de droit international
Colorado L.R.....	Colorado Law Review
Colum. J Transt'l L.....	Columbia Journal of Transnational Law
Cornell LR.....	Cornell Law Review

Cornell ILJ.....	Cornell International Law Journal
corr. err.....	corrección de errores
CP.....	Código Penal
Cº de D.....	Considerando de Derecho
Dicc. Ar. Leg.....	Diccionario Aranzadi de Legislación
Dickinson JInt'IL.....	Dickinson Journal of International Law
Dir. com. int.....	Diritto commerciale internazionale
Dir.mar.....	Diritto marittimo
DPCI.....	Droit et pratique du droit du commerce international
Duke L J.....	Duke Law Journal
Fº de Dº.....	Fundamento de Derecho
F.j.....	Fundamento jurídico
FamRZ.....	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
FRCP.....	Federal Rules of Civil Procedure (USA)
Ga. J. Int'l & Comp. L.....	Georgia Journal of International and Comparative Law
Gaz. Pal.....	Gazette du Palais
GdM.....	Gaceta de Madrid
Geo.Wash. LR.....	George Washington Law Review
GI.....	Giurisprudenza italiana
GRUR Int.....	Gewerblicher Rechtsschutz und Unheberrecht Internationaler Teil

Harv. Int'l L J.....	Harvard International Law Journal
Harv. L Rev.....	Harvard Law Review
Houston JIL.....	Houston Journal of International Law
ICLQ.....	International and Comparative Law Quarterly
IL.....	International Lawyer
ILM.....	International Legal Materials
ILP.....	International Litigation Procedure
IPrax.....	(Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts)/ Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JC.....	Justicia Civil
JCo.....	Jurisprudencia Constitucional
Journ. Trib.....	Journal des Tribunaux
Jurisl. DI.....	Juriscasseur de Droit International
JZ.....	Juristenzeitung
L & Contemp'y Pr.....	Law and Contemporary Problems
La Giurisprudenza.....	CAPOTORTI, F., <i>et al.</i> , <i>La giurisprudenza di diritto processuale civile internazionale</i> , vol. III, 1883-1890, ed. Jovene, Nápoles, 1973.
LEC.....	Ley de Enjuiciamiento civil
LECr.....	Ley de Enjuiciamiento criminal
Leiden JIL.....	Leiden Journal of International Law

Les nouvelles.....	<i>Les nouvelles Convention de La Haya (leur application par le juge nationaux, vol. I (1974); vol.II (1980); vol.III (1984); vol. IV (1994), dir. M. Summampow, ed. Nijhoff, La Haya</i>
LG.....	Landgericht
Lloyd's LR.....	Lloyd's Law Reports
Lloyd's Mar. Comm. L. Quart..	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
LOPJ.....	Ley orgánica del Poder Judicial
Loyola L.A.I.L. & Comp.J.....	Loyola of the Angeles International and Comparative Law Journal
LPI.....	Ley de Propiedad Intelectual
LPL.....	Ley de Procedimiento Laboral
LQR.....	The Law Quarterly Review
Manuel pratique.....	Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention sur obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, Kluwer's, 1986-1992,
Michigan LR.....	Michigan Law Review
Michigan BJ.....	Michigan Business Journal
N.C.J. Int' L & Com. Reg.....	North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation
n.p.p.....	nota a pie de página
N.Y. U. L. Rev.....	New York University Law Review
N.Y.U.J.I.L.& Pol.....	New York University Journal of International Law and Policy

NCPC (italiano).....	Nuovo Codice de Procedura Civile
NCPC (francés).....	Nouvelle Code de Procedure Civile
NILR.....	Netherlands International Law Review
NJW.....	Neue Juristische Wochenschrift
Northwestern JILB.....	Northwestern Journal International Law Business
OLG.....	Oberlandesgericht
pfo.....	párrafo
PJ.....	Poder Judicial
R. des C.....	Recueil de Cours de la Academie de La Haye
RabelsZ.....	Rabels Zeitung (Zeitschrift für ausländisches und internationalen Privatrecht)
RAJ.....	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RAL.....	Repertorio Aranzadi de Legislación
RBDI.....	Revue Belge Droit International
RD.....	Real Decreto
RDI.....	Rivista di Diritto Internazionale
RDProc.....	Rivista di Diritto Processuale
Rec.....	Recueil de Jurisprudence de la Cour
REDA.....	Revista Española de Derecho Administrativo
REDI.....	Revista Española de Derecho Internacional

Rep.....	Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia
Repertorio 1967-1990.....	CAPOTORTI, F., <i>et al.</i> , <i>La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale: repertorio 1967-1990</i> , Giuffré, Milán, 1991
Rev. Der. Proc.....	Revista de Derecho procesal
Rev. crit. dr i. pr.....	Revue Critique de droit International privé
Rev. suisse dr. aff.....	Revue suisse de droit des affaires
Rev. Trim. Droit Européen.....	Revue Trimestrelle de droit Européen
RGBI.....	Reichgesetzblatt
RGD.....	Revista General del Derecho
RGLJ.....	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RHDFE.....	Revue historique de droit français et étranger
RIDC.....	Revue International de droit comparé
RIE.....	Revista de Instituciones Europeas
Riv. dir. comm.....	Rivista di diritto commerciale
Riv. dir. int. priv. proc.....	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
Riv. dir. proc. civ.....	Rivista de Diritto processuale civile
Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.....	Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile

Riv. trim. dir. e proc. civ.....	Rivista Trimestrale di diritto e processo civile
RIW.....	Recht der internationalen Wirtschaft
RO.....	Real Orden
RPILC.....	Revue Pratique Internationale et legislation comparée
RRC.....	Reglamento del Registro Civil
S ^a	Sala
Sent.....	Sentencia
Southern Calif. L. Rev.....	Southern California Law Review
Stanford JIL.....	Stanford Journal of International Law
Stanford LR.....	Stanford Law Review
SZW.....	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TC.....	Tribunal Constitucional
TEDH.....	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
Texas Int'ILJ.....	Texas International Law Journal
TJCE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Trav. Com. Fran. dr. int. pr....	Travaux du Comité français de droit international privé
TS.....	Tribunal Supremo
Tulsa L. R.....	Tulsa Law Review
U. Fla. L. rev.....	University of Florida Law Review
U.Pa.L.Rev.....	University of Pennsylvania Law Review
USC.....	United State Code

Va. J.Int'l L.....	Virginia Journal of International Law
Vand. J Int'l L.....	Vanderbilt Journal of International Law
Vand.J Transnt'lL.....	Vanderbilt Journal of Transnational Law
WuR.....	Wirtschaft und Recht
Yale IJ.....	Yale International Journal
Yale LJ.....	Yale Law Journal
ZaöRV.....	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Rechts und Völkerrecht
ZfRV.....	Zeitschrift für Rechtsvergleichung Internationale Privatrecht und Europarecht
ZPO.....	Zivilprozessordnung
ZRHO.....	Rechtshilfeordnung für Zivilsachen
ZStrR.....	Sweizerisches Zeitschrift für Strafrecht
ZVglRWiss.....	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft einschließlich des Rechts der Entwicklungsländer und der ethnologischen Rechtsforschung
ZZP.....	Zeitschrift für Zivilprocess

Abreviaturas del Derecho convencional internacional

Convenio de La Haya de 1896.....	Convenio relativo al procedimiento civil, hecho en La Haya el 14 de noviembre de 1896
Convenio de La Haya de 1905.....	Convenio relativo al procedimiento civil, hecho en La Haya el 17 de julio de 1905

Convenio de La Haya de 1954.....	Convenio relativo al procedimiento civil, hecho en La Haya el 1 de marzo de 1954
Convenio de La Haya de 1961.....	Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961
Convenio de La Haya de 1965.....	Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965
Convenio de Bruselas.....	Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968
Convenio de La Haya de 1970.....	Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970
Convenio de Panamá de 1975.....	Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975
Convenio de La Haya de 1980.....	Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980

INTRODUCCION

I. El objeto de estudio.

El objeto del presente trabajo de investigación es la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil, aun cuando el examen del tema, más específicamente, se ha circunscrito al régimen establecido por el Convenio de La Haya de 19 de marzo de 1970 sobre la materia y, en un tercer nivel de análisis, a los problemas que esta normativa internacional puede suscitar en relación con el Derecho español. El tema estudiado se encuadra, pues, en el ámbito del Derecho procesal civil internacional y, dentro de este sector del Derecho internacional privado, en el subsector de la asistencia o cooperación judicial internacional.

La cooperación judicial internacional plantea, en primer lugar, la cuestión de cuál es su justificación. Algunas de las razones esgrimidas hacen referencia a obligaciones naturales de cooperación, a una suerte de delegación del Estado requerido por el requirente. No obstante, la razón más sólida para que se produzca la cooperación es la existencia de intereses comunes de los Estados como es el ejercicio de su jurisdicción, y, por otra parte, de la existencia de intereses de los particulares a una defensa eficaz de sus derechos, lo que, además, incidirá en un incremento de seguridad jurídica en el tráfico internacional.

Junto a estas cuestiones, se plantea otra relativa al contenido de la cooperación judicial internacional. Para dar respuesta a esta pregunta se han elaborado tres tesis: extensiva, intermedia y restrictiva. La primera, incluye en el objeto de la cooperación las normas relativas a la competencia, al reconocimiento y ejecución de resoluciones foráneas, la

notificación y la obtención de prueba en extranjero, así como la información sobre el derecho extranjero, que más bien podríamos identificar con la cooperación para la realización de la justicia, principio informador de todo el Derecho procesal civil internacional. Por otra parte, la tesis intermedia contempla la notificación y la obtención de prueba en el extranjero. Y, por último, la tesis restrictiva limita a la notificación y a la obtención de prueba en el extranjero el objeto de la cooperación judicial internacional. Esta última tesis es la que nosotros hemos adoptado en nuestro análisis.

La razón de nuestra elección se basa en el hecho de que los actos de la cooperación judicial internacional poseen ciertos caracteres identificativos que los diferencian del resto de los actos de cooperación en la realización de la justicia. Así, los actos de cooperación son tendencialmente neutros, han de integrarse en el proceso del Estado requirente y, por último, han de ser necesariamente requeridos por órganos judiciales, con independencia del órgano encargado de su ejecución.

Este concreto ámbito de problemas posee una creciente importancia, por diversas razones, y, en especial, al incremento en las relaciones procesales internacionales producido por la globalización de la economía. Este incremento ha puesto de manifiesto la necesidad de buscar fórmulas para la coordinación de concepciones jurídico-procesales distintas. En particular, respecto a la prueba ello se aprecia en la necesaria comprensión de instituciones procesales como el "pre-trial discovery", la "discovery" o la obtención de pruebas por comisarios, procedentes todas ellas del "Common law" o, como respuesta a estas instituciones, la elaboración de las denominadas "normas de bloqueo" a fin de paralizar un sistema de obtención de prueba más intromisivo que

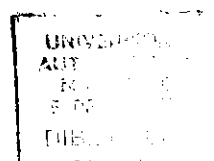
el concebido por los ordenamientos de los Estados de derecho continental.

Este incremento de las relaciones procesales internacionales y, en concreto, en lo referente a la obtención de pruebas en el extranjero, tiene una especial relevancia en el marco de importantes y famosas instrucciones de procedimientos penales en nuestro país¹. No es menor, sin embargo, la importancia de la obtención de prueba en el extranjero en los procedimientos civiles, mas su existencia pasa desapercibida para los medios de comunicación a pesar de lo cual tiene mayor repercusión en el tráfico económico internacional.

II. Objetivos de la investigación.

La elección del tema objeto de estudio ha estado guiada por varias consideraciones, a partir de las cuales se han establecido unos objetivos para su examen, y, para alcanzarlos, ha sido preciso una determinada metodología. En primer lugar y desde la perspectiva formal, el tema elegido nos sitúa ante un subsector del Derecho internacional privado

¹ Véanse, entre otras, las noticias de prensa acerca de los asuntos **Elosúa** (*El País*, de 30 julio 1993; *El Mundo*, de 9 febrero 1994 y *El País*, 20 junio 1994); el bloqueo de cuentas corrientes de etarras en bancos españoles en Uruguay (*Diario 16*, de 22 mayo 1992); **GAL** (*Diario 16*, de 20 septiembre 1991; *El Mundo*, de 27 agosto 1993 y *El País*, de 12 abril 1996); **K.I.O** (*El País*, de 4 octubre 1995); **Mariano Rubio** (*El País*, de 18 y 22 junio 1994; *El Mundo*, de 24 junio 1994; *El País*, de 14 julio 1994; *El País*, de 10 marzo 1995; *El País*, de 4 julio 1995; *El País*, de 28 octubre 1995); **BOE** (*El País*, de 6 febrero 1996); **Roldán** (*El País*, de 22 junio 1994; *El País*, de 7 septiembre 1994; *El País*, de 4 abril 1995); **Banesto** (*El País*, de 23 y 24 mayo 1995; *El País*, de 2, 10 y 24 junio, de 4 agosto y de 4 octubre 1995; *El País*, de 6, 7 y 8 febrero 1996; *El País*, de 12 octubre 1996; *El País*, de 15 octubre 1996); el proceso iniciado en Italia contra **Monseñor Ricard María Carles** (*ABC* y *El País*, ambos de 26 enero 1996; *El País*, de 2, 4 y 7 junio 1996); o, por último, la comisión rogatoria remitida por la Fiscalía Anticorrupción a las autoridades italianas sobre el control de Tele 5 y la infracción de la normativa española al respecto, así como conocer ciertos documentos en posesión de los fiscales italiano, obtenidos por éstos en Londres (*El País*, de 16 enero 1997).



español donde coexisten normas de fuente interna, tanto de la centenaria L.E.C. como de la L.O.P.J. de 1985, con numerosas normas de Derecho internacional convencional. Estas, como es sabido, suscitan problemas particulares en relación con su incorporación al ordenamiento español (art. 96.1 CE y art. 1.5 Cc). Pero una vez resueltos, entre ambos grupos de normas se genera una fuerte interacción, que en el caso de las primeras se prolonga hacia otras del Derecho procesal civil.

El Convenio de La Haya de 1970, en relación con la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, permite establecer un primer objetivo de investigación: examinar esta interacción normativa y los problemas que plantea. Por una parte, el texto de 1970 concurre con las normas autónomas que establecen las pautas para la cooperación judicial internacional. Si para un Estado perteneciente a la tradición del Derecho continental esto supondría, automáticamente, la aplicación residual de sus normas sólo a aquellos supuestos no regulados convencionalmente, no lo es para Estados pertenecientes al "common law", especialmente, a Estados Unidos.

La cuestión de cómo debe relacionarse el Derecho nacional con el Convenio de 1970 ha provocado la elaboración, por los tribunales norteamericanos, de tres líneas jurisprudenciales: la aplicación exclusiva del Convenio, la aplicación facultativa del convenio y la aplicación prioritaria del Convenio. Esta última línea ha sido ratificada en la última Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de 1970, celebrada en 1989.

Pero dicha cuestión sobre la relación entre el Convenio y el Derecho nacional no se limita a el modo en que ambos se relacionan. Es importante analizar el grado de influencia que ejerce el texto en las

reformas de los regímenes autónomos de cooperación llevadas a cabo a partir de su entrada en vigor. La incorporación del modo en el que debe practicarse una prueba conforme a una forma especial incorporado en el Código de procedimiento civil francés, en 1975 (art. 739) o la reforma de las Reglas 4, 26 y 28 de las FRCP norteamericanas en 1993, pueden ser dos ejemplos ilustrativos de esta influencia, que pondría de relieve que las soluciones del Convenio pueden ser un punto de partida para la aproximación de soluciones relativas a la obtención de pruebas en el extranjero². Para ello se impone el análisis desde la óptica del derecho comparado.

Por otra parte, junto a esta interacción con las normas de origen nacional, el Convenio también concurre con otros textos convencionales llamados a regular este tipo de situaciones. Para ello es necesario tanto analizar las disposiciones específicas que contiene el Convenio de 1970 sobre las relaciones con otros convenios, como las disposiciones generales contenidas en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Hay que tener en cuenta, además, la apertura de una cierta corriente que aboga por la utilización alternativa de convenios internacionales, en principio, no previstos para la regulación de la obtención de prueba en el extranjero, a fin de resolver los problemas no solucionados, o sin una solución suficientemente satisfactoria, del texto de 1970. Es el caso, por ejemplo, de los Convenios de La Haya de 1965 sobre notificación y el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia

² En el marco convencional, por ejemplo, en los convenios bilaterales celebrados por España con China y Brasil, ninguno de los cuales es parte del Convenio de 1970. En estos textos se incorporan las "mejoras" incluidas en el texto de 1970, como, posteriormente, tendremos oportunidad de analizar *in extenso*.

y reconocimiento y ejecución de resoluciones.

En segundo término, el régimen de obtención de pruebas en el extranjero, según el Convenio de La Haya de 1970, constituye una solución transaccional entre ordenamientos pertenecientes a sistemas jurídicos distintos, el de los países de "Common law" y el de los países de Derecho civil. Lo que refleja en diversos aspectos, como es los sujetos que pueden intervenir en la obtención de prueba en el extranjero. En este supuesto no basta con la mera transmisión del juez extranjero sino que se requiere su colaboración a fin de que se ejecute una actuación judicial de procedencia foránea que, en última instancia, deberá integrarse en un proceso extranjero y, además, que ésta sea lo más eficaz posible en él. Pero la participación de la autoridad judicial extranjera no se limita a la práctica de la prueba. Así, en el supuesto en el que dicha autoridad judicial no actúe directamente en la práctica de la prueba - cuando se ha optado por la prueba practicada por agentes diplomáticos, consulares o comisarios- puede ser requerida para que preste su respaldo coercitivo a la práctica de prueba, para que ésta pueda practicarse más rápidamente sin que ello suponga un detrimento de las garantías procesales.

Junto al anterior, un segundo objetivo irá dirigido a reconstruir nuestro régimen de cooperación judicial internacional, no sólo para delimitar los supuestos a los que se les aplica el régimen autónomo o convencional, sino para que el régimen autónomo responda a las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva, consagrada constitucionalmente, y materialice el principio de cooperación internacional, en su vertiente de cooperación en la realización de la justicia.

En tercer lugar, dentro del subsector de la cooperación judicial internacional, la investigación se ha circunscrito a la prueba, pese a la indudable importancia de otras cuestiones como la notificación de actos procesales en el extranjero. Ello se justifica porque la prueba se constituye como un núcleo duro de las concepciones procesales de cada país, íntimamente unido a la idiosincrasia nacional. Esta circunstancia, real o no, sí nos sitúa en un escenario en el que es necesario abandonar las propias concepciones y analizar y asumir lo que de bueno pueda aportar otra distinta para la mejora en la protección de los derechos de las partes y para el comercio internacional.

A pesar de estas nobles intenciones, no se nos oculta que la prueba puede ser utilizada como un instrumento para acceder a información que no podría obtenerse de otro modo, por ejemplo, con la finalidad de utilizarse en la articulación de un comportamiento anticompetencial. Si esto ocurre dentro de un país, el traslado de esta posibilidad al espacio internacional supone la multiplicación de recelos, de una parte, y de su utilización con fines extraprocesales de gravar la posición del otro o de dilatar el procedimiento, de otra.

A este respecto, el objetivo aquí es tratar de profundizar en un tema hasta ahora poco estudiado en la doctrina española por la relativa escasez de trabajos científicos realizados sobre esta materia en nuestro país. Escasez de tratamiento que es especialmente evidente en relación con una aproximación histórica, y escasez también a partir de la LOPJ y del Convenio de La Haya sobre obtención de prueba de 1970, donde los obstáculos son más sutiles como el "canto de sirenas" de la jurisprudencia norteamericana que nos ofrece una lectura seductora pero sesgada de los problemas que dicho texto plantea, y de la Convención de Panamá de 1975.

Por último, en el tema de la obtención de pruebas en el extranjero se aprecian, quizás con mayor intensidad que en cualquier otro del Derecho internacional privado, diferentes intereses en presencia - de las partes, del ordenamiento, del tráfico, etc.-, junto a particulares exigencias de Justicia en el ámbito de las relaciones privadas internacionales - que hace necesaria la revisión del tradicional equilibrio entre los intereses de los participantes en el proceso y los Estados afectados por la obtención de prueba- y exigencias que derivan del art. 24 de la CE - pues nos enfrentamos a un derecho fundamental a la práctica de la prueba pertinente para la defensa eficaz de los derechos-.

III. Plan de exposición.

En el Capítulo I se establecen las bases sobre las que se asienta la cooperación judicial internacional, y, concretamente, la obtención de prueba en el extranjero. Bases que se sustentan sobre principios inspiradores de las relaciones internacionales y derechos acogidos constitucionalmente.

En el Capítulo II se realiza una reconstrucción del régimen español de cooperación judicial internacional. Para ello se han considerado la dualidad de fuentes que concurren en aquél. Así, se ha realizado un análisis pormenorizado de las disposiciones de origen interno. Para ello, además, se han utilizado normas hoy derogadas pero que son el germen del régimen actual y que sirven, a nuestro juicio, para su mejor comprensión.

Por otra parte, se analiza, además, de forma genérica, la evolución de las normas de origen convencional. Junto al análisis de las normas multilaterales, también se ha tenido en cuenta la existencia de convenios

bilaterales, complementarios o no de otros textos convencionales, que, junto a lo anterior, dan una panorámica general de nuestro régimen y de algunos de los problemas que plantea.

El Capítulo III analiza los problemas de relación entre el Convenio de 1970 y los ordenamientos nacionales planteados, especialmente, por la jurisprudencia y doctrina norteamericana. Además, en este capítulo se afrontan las relaciones del texto de 1970 con otros textos convencionales bilaterales y multilaterales.

El Capítulo IV afronta la necesidad de elaborar un concepto de prueba específico del Convenio de La Haya de 1970 que resuelva las disputas en torno a qué instituciones están o no incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio.

Por último, en el Capítulo V se analizan, a nuestro juicio, las cuestiones centrales del Convenio de 1970. También debemos destacar dentro de este capítulo, el estudio de los efectos que las denominadas leyes de bloqueo producen en la práctica de la prueba en el extranjero.

Junto a este análisis, el citado capítulo propone posibles respuestas que nuestro ordenamiento ofrece ante las innovaciones introducidas por el Convenio de 1970 como son la forma especial o la prueba practicada por comisarios.

CAPITULO I

LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO COMO ASPECTO DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

I. Introducción: intereses en presencia¹.

Cuando se hace referencia a la "prueba en el extranjero" conviene tener en cuenta desde el comienzo de este estudio la existencia de dos situaciones aparentemente próximas pero conceptualmente distintas: la de la prueba obtenida, tras su práctica, en el extranjero (*Beweisbeschaffung aus dem Ausland*) o la de la prueba que sólo se halla situada en el territorio de otro Estado, con independencia del lugar donde ésta vaya a practicarse (*Beweisaufnahme im Ausland*)². Distinción sobre la que se

¹ Hemos adoptado como punto de partida para el análisis de las cuestiones relativas a la práctica de prueba en el extranjero la perspectiva de la denominada "jurisprudencia de intereses". Véanse, en este sentido, por todos, K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, ed, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 72 y ss.; G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, Verlag C-H. Beck, Munich, 1995 (esp. pp. 106-125 y ss.); y A. FLESSNER, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1990 (esp. pp. 113 y ss.).

² En este sentido, véase, entre otros, D. LEIPOLD, *Lex fori, Soveräneität, Discovery. Grundfragen des Internationalen Zivilproceßrechts*, Heildelberg, C.F. Müller, 1989, pp. 41 y ss.

Esta diferenciación encuentra su origen en una parte de la jurisprudencia norteamericana en la que se ha planteado la cuestión de la aplicación o no del Convenio de La Haya de 1970 a litigios planteados ante los tribunales norteamericanos. A esta cuestión tendremos oportunidad de analizar más detenidamente en el Capítulo III de este trabajo.

También encontramos algún ejemplo en la práctica judicial española en la que se utiliza, el "desplazamiento" de la prueba situada en el extranjero para ser practicada en el propio, si bien sólo se utiliza esta posibilidad subsidiariamente cuando a pesar de haber utilizado los cauces convencionales la prueba no puede obtenerse. Este el caso de la declaración de R. Mendoza, en el denominado "caso Banesto" (*El País*, 23 y 24 mayo 1995):

volverá más adelante.

Asimismo, interesa destacar desde el inicio otro dato: que por el hecho de trascender la prueba, o más concretamente, un determinado medio de prueba, el ámbito de la jurisdicción del Estado del foro, es decir, el de origen de la petición (o Estado requirente), para conectarse con el de la jurisdicción de otro Estado, esto es, el de destino de dicha petición (o Estado requerido), en cualquiera de estas dos situaciones están presenten ciertos intereses jurídicamente relevantes. De un lado, los subjetivos de los Estados directamente afectados, así como los intereses de las partes y de terceros en un proceso presente o futuro al que ha de aportarse la prueba. De otro, los intereses objetivos vinculados con una adecuada administración de la Justicia en los supuestos de tráfico externo.

Si la prueba debe practicarse en el extranjero, con independencia del medio de prueba utilizado³, pueden plantearse, a su vez, tres hipótesis distintas:

- a) que se utilicen los canales de la cooperación judicial internacional;

Debido a la imposibilidad de practicar una prueba testifical en el extranjero utilizando los cauces convencionales, ya que la información en poder del juez español sobre el domicilio del testigo en Estados Unidos era errónea, el juez estudia la posibilidad de trasladarse personalmente a Nueva York para la práctica de la prueba, lo que descarta posteriormente porque supondría el transcurso de, al menos, 6 meses.

Por fin, el juez negocia con los abogados del testigo una serie de condiciones para que sea aquél el que se desplace a la sede de la Audiencia Nacional para realizar una declaración voluntaria.

³ Como regla general cuando nos referimos a la "obtención de pruebas en el extranjero" lo hacemos sin distinguir los problemas que en particular puedan plantearse según el medio de prueba que se utilice. Sin embargo, en nuestra opinión, la práctica de prueba en el extranjero no se limita sólo a ciertos medios de prueba sino que comprendería cualesquiera, incluidos la prueba pericial y el reconocimiento judicial. En contra, véase, V. CORTES DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil Internacional*, EDESA, Madrid, 1981, p. 86.

b) que el Estado de situación o Estado requerido adopte ciertas medidas sobre el material probatorio que deberá ser reconocido en el Estado donde se desarrolla o pueda desarrollarse el proceso y;

c) que el Estado requirente actúe directamente en el territorio del Estado requerido a través de la amenaza directa al sujeto que debería producir la prueba⁴.

Si, por el contrario, la prueba está situada en el extranjero pero existen circunstancias que permiten el traslado al Estado requirente, principalmente por voluntad de las partes, se planteará el problema de si cabe, conforme a las normas de Derecho internacional, el traslado a este foro de aquélla, a través de medidas coercitivas, concretamente, cuando la prueba esté bajo el control de las partes sujetas a su jurisdicción. Así ocurrirá, por ejemplo, en los supuestos en los que el requerido para la producción de la prueba es una sociedad filial a la que se requiere información de la empresa matriz, información que no posee directamente pero sí está bajo su control.

Es evidente que los tribunales del Estado de origen, en el que existe o puede existir un proceso, necesitan acceder a cierta información que permita una resolución sobre el fondo, y que sea justa materialmente, en ejercicio de una de las atribuciones de la soberanía como es la potestad jurisdiccional, con un carácter territorial⁵. Para poder ejercitar

⁴ Este es el supuesto, al que nos referiremos más adelante, que constituye una de las especialidades del proceso norteamericano, que permite la aplicación extraterritorial de sus normas procesales apoyándose en la sujeción personal a los tribunales norteamericanos y, derivado de esta sujeción, de la coerción directa sobre el sujeto que debe aportar el material probatorio.

⁵ El territorio no sólo delimita el ámbito espacial en el que se desarrollan las competencias encomendadas al Estado y, por tanto, también a la jurisdiccional, a su vez, define un espacio en el que no cabe la intromisión de otro Estado, salvo consentimiento del primero. Y, a su vez, territorio, además, se refiere al ámbito físico de vigencia del ordenamiento de un Estado (art. 8 Cc). Véanse, en este sentido J.D.GONZALEZ CAMPOS, L.I. SANCHEZ RODRIGUEZ, M^a P. ANDRES

esta potestad es necesario que una soberanía ajena, la del Estado requerido, colabore, consienta o no se niegue a la producción de aquella información, especialmente cuando también tenga un interés directo sobre aquélla, por ejemplo, cuando tenga la consideración de "sensible" por su importancia económica⁶.

Por su parte, también, las parte del proceso y los terceros tienen derecho tanto que se respete su acceso a la prueba, con independencia de dónde se encuentre, como una de las manifestaciones del derecho a un proceso con todas las garantías, como que se evite la perturbación de su espacio jurídico con peticiones carentes de relación con el proceso, que excedan el objeto de aquél o que conduzcan a la infracción de alguna obligación jurídica, persona' (profesional) o territorial (normas de bloqueo, por ejemplo)⁷.

Tampoco deben olvidarse, por último, los intereses del tráfico

SAENZ DE SANTA MARIA, *Curso de Derecho internacional público*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, p. 382; y W. MENG, *Extraterritorial Jurisdiktion in öffentlichen Wirtschaftsrecht*, Springer, 1993, pp. 742 y ss.

Sin embargo, la Corte Permanente de Justicia Internacional admitió en el asunto del vapor Lotus la posibilidad de la extraterritorialidad, legislativa y jurisdiccional, con el único límite de las normas prohibitivas del Derecho internacional o de la existencia de Convenios internacionales. Véase la Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 7 de septiembre de 1927, en el asunto del vapor Lotus (Francia c. Turquía), *CIJ*, Serie A, núm 10, 1927, pp. 18-19.

En los supuestos no excluidos de la extraterritorialidad cada Estado puede adoptar los principios que considere pertinentes. En este sentido, A. MIAJA DE LA MUELA, "Les principes directeurs de règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international", *R. des C.*, 1972-I, vol., 135, p. 36.

⁶ En este sentido, D.R. ROBINSON, "Compelling Discovery and Evidence in International Litigation", *IL*, 1984, p. 535.

⁷ En relación con la consideración de los intereses de las partes, véase, G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, cit., pp. 109-110.

internacional⁸. Tras la II Guerra Mundial surge la necesidad de replantear las cuestiones relativas a la cooperación judicial internacional como consecuencia del incremento de las relaciones internacionales. A su vez, los problemas de dicha cooperación y la necesidad de rapidez y seguridad ha motivado la búsqueda de soluciones ajenas a las tradicionales comisiones rogatorias.

La concurrencia de estos intereses está íntimamente unida, a su vez, a un problema de convergencia de normas de distinta procedencia en las que se apoyan cada uno de tales intereses. Lo anterior no sólo plantea la necesidad de resolver un conflicto de intereses sino, además, de establecer pautas para la relación de normas convencionales y autónomas. En la búsqueda de soluciones es evidente que no se puede partir de una posición monolítica que conduce inexorablemente, a situaciones de estancamiento y de refuerzo de lo autóctono⁹. Conseguir el equilibrio entre ellos es el reto al que nos enfrentamos, especialmente cuando hemos de coordinar dos concepciones jurídicas distintas, que parten de una posición de antagonismo a pesar de que, como veremos, comparten elementos comunes y, sobre todo, la influencia mutua es innegable.

⁸ En relación con los intereses del tráfico, así como los del ordenamiento, véase G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, cit., pp. 110 y ss.

⁹ Véase, en este sentido, N. TROCKER, "Il contenzioso transnazionale e il diritto delle prove", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, pp. 500-501.

II. La cooperación judicial internacional en relación con la prueba en un proceso con elemento extranjero¹⁰.

1. Aspectos Generales.

Con carácter previo, interesa precisar tres cuestiones. En primer lugar, la que se refiere a la distinción tradicional entre cooperación judicial activa y pasiva. Al respecto puede utilizarse como criterio para la calificación de una actuación de cooperación judicial internacional como activa o pasiva la respuesta que el Estado requerido dé a una actuación del Estado requirente. Así, estaríamos ante un acto de cooperación activa cuando el Estado requerido actúa ("comportamento attivo") para ejecutar una petición de prueba requerida por el Estado requirente. Por el contrario, se daría una cooperación de tipo pasivo cuando el Estado requerido, ante cierta actividad desplegada por el primero en su propio territorio, se mantiene al margen y no realiza ninguna labor obstaculizadora, es decir, se produce un acto de cooperación por tácita aceptación ante la actuación espontánea del particular requerido para la práctica de la prueba¹¹.

¹⁰ Sobre los elementos que diferencian la cooperación judicial de otro tipo de cooperación, véase O. CAPATINA, "L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale", *R. des C.*, vol. 179, pp. 319-320; y M. SIMON-DEPITRE, "Entraide judiciaire (matière civile)", en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, vol. I, ed. Dalloz, 1968, p. 745.

Por su parte, en relación con la evolución de ciertas cuestiones referidas a la cooperación judicial internacional, véase P. DOMINGUEZ LOZANO, "Las concepciones publicista y privatista del objeto del Derecho internacional privado en la doctrina europea: reconstrucción histórica", *REDI*, 1994, pp. 102-104.

¹¹ Véanse en este sentido, entre otros, F. POCAR, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, ed. CEDAM, Padua, 1967, pp. 48 y 58; L. FUMAGALLI, "Brevi note in tema di esecuzione in Italia di provvedimenti istruttori stranieri", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992-3, p. 485; y H. NAGEL, "Richterliche Unabhängigkeit und Justizverwaltung bei der internationalen Rechtshilfe", *IPrax*, 1984, p. 240.

Cabe, sin embargo, en nuestra opinión calificar la pertenencia de una actuación judicial a alguno de los tipos de cooperación propuestos poniendo el acento en el origen de la actividad desarrollada. Según esto, nos encontraríamos ante un acto de cooperación activa cuando los tribunales del Estado requirente despliegan cierta actividad para que los tribunales del Estado requerido practiquen una prueba que posteriormente deberá integrarse en el proceso abierto en el Estado de origen o Estado requirente. La actividad desplegada por los tribunales del Estado requirente les viene impuesta desde su propio ordenamiento, que puede exigir la utilización del cauce de la cooperación judicial internacional. Por el contrario, si la actividad de los tribunales del Estado requerido se produce como consecuencia de una excitación externa proveniente de una petición de los tribunales del Estado requirente, nos encontraríamos ante un supuesto de cooperación pasiva. Es esta última opción la que utilizaremos a lo largo de este trabajo¹².

La segunda cuestión es el fundamento para solicitar del órgano judicial de otro Estado su cooperación respecto a un proceso que se desarrolla en su territorio y del órgano judicial requerido para prestarla.

La posibilidad de que el Estado requirente solicite de los tribunales del Estado requerido su colaboración en la práctica de una prueba en territorio de éste último o bien que se abstenga de impedir la actuación de un agente del Estado requirente, constituye una decisión soberana del

¹² En el mismo sentido, véanse "Nota de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores para el Secretario General sobre el Anteproyecto de LOPJ (en adelante "Nota")", de 30 mayo 1984, inédita; y M. SCALABRINO, "La nuova disciplina delle "rogatorie passive"", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, pp. 77 y ss.

Estado requirente¹³, decisión como tal sometida a los límites impuestos por el Derecho Internacional¹⁴. Inicialmente, el ejercicio de esta posibilidad es discrecional para el Estado requirente¹⁵. No obstante, una vez que la prueba ha sido admitida, si no se ejecuta sin mediar una justa causa de exclusión, se abren las vías de la tutela constitucional o de protección reforzada, ya que se habrá roto el equilibrio procesal y, además, se habrá privado, sin razón aparente, a una de las partes, de un arma procesal. Dicha privación abriría la vía, según nuestro ordenamiento, del recurso de casación, y, eventualmente, del recurso de amparo.

Por otra, la práctica en el Estado requerido de un acto procesal procedente del Estado requirente se asienta en su consentimiento, en una decisión soberana que tendrá en cuenta la no injerencia en la labor que puedan desempeñar sus tribunales, que no se ataque a su soberanía, a materias esenciales para el ejercicio de aquélla como son la defensa,

¹³ Lo que excluye la posibilidad de hablar de la existencia de una obligación a solicitar cooperación. Lo que es claro es la posición de los Estados: no existe obligación del Estado requerido porque tampoco existe un derecho del Estado requirente. Entre otros véase en J.D. GONZALEZ CAMPOS/R. RECONDO PORRUA, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1981, pp. 131-132.

¹⁴ Sobre esta cuestión, véase, A. MIAJA DE LA MUELA, "Les principes directeurs...", cit., p. 21

¹⁵ Véase la sentencia inglesa High Court Chancery División, de 15 julio 1993, en el asunto Georgios Panayiotou v. Sony Music Entertainment (UK) Ltd, *ILP*, 1994, pp. 241 y ss.; y Nota a la misma de N. ANDREWS, *CLJ*, 1994, pp. 247 y ss:

El juez británico debe solicitar a Estados Unidos una prueba que, conforme a su ordenamiento, él mismo no podría practicar. Sin embargo, dada la necesidad de ejercer la jurisdicción y tutelar a los litigantes, el juez ponente invoca la existencia de un "inherent power" (pfo.15) que permite a los tribunales desarrollar aquellos actos, previstos o no por la ley, que los tribunales necesitan para mantener su carácter de tribunales de justicia.

independencia, igualdad y el comercio¹⁶, o de especial interés para el Estado y que se respeten las garantías establecidas por sus leyes para la obtención de la prueba. Esto es así porque no existe una obligación natural¹⁷, ni una costumbre internacional porque nunca ha existido una *opinio iuris*¹⁸, elemento sujeto que debe concurrir para la existencia de una costumbre internacional, ya que ni el Estado requerido ni el Estado requirente actuaban con la convicción de la existencia de una vinculación jurídica, sino sobre la *reciprocam utilitatem*¹⁹.

Sin embargo, la decisión de cooperar puede derivar de la existencia de un convenio internacional, en cuyo caso la manifestación

¹⁶ En este sentido, véase CH. CHAUMONT, "Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat", *Hommenage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, París, 1960, p. 142.

¹⁷ Véase la sentencia francesa Trib. commercial Saint-Etienne, de 28 julio 1911, en el asunto Martin v. Co. Chemins de fer de Paris à Lyon et à la Méditerranée, *Clunet*, 1912, pp. 176 y ss. En esta sentencia se trataba de la práctica de una prueba documental, en Francia, requerida por la jurisdicción belga, en relación con el incumplimiento contractual por daños ocasionados en el transporte. Señala el tribunal francés que "la délégation n'est pas obligatoire pour lui", que se base la cortesía, pero que, no obstante, se practicará por la existencia de un "deber de buen vecino".

Respecto a la cortesía como base tradicional de la cooperación, véase F. MAJOROS, *Les conventions internationales en matière de droit privé*, vol. I., ed. A. Pedone, París, 1976 p. 22.

¹⁸ Sobre esta condición para la existencia de la costumbre internacional, véase J. A. PASTOR RIDRUEJO, "La costumbre internacional", en *Curso de Derecho internacional público*, ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 93 y ss.

Favorables, sin embargo, a la existencia de esta costumbre internacional, véanse J.R. de ORUE, *Manual de Derecho Internacional Privado español*, ed. Reus, Madrid, 1928, pp. 312 y 315; así como la Circular del Ministerio de Justicia francés al Procurador General de Italia, de 19 diciembre 1891, *Clunet*, 1892, p. 570.

¹⁹ Sobre el origen de la *reciprocam utilitatem*, véanse, M. TORRES CAMPOS, *Principios del Derecho internacional privado*, Madrid, 1883, p. 125; R. RECONDO PORRUA, "Régimen del proceso civil con elemento extranjero. Asistencia judicial internacional" en J.D. GONZALEZ CAMPOS *et. al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. I, Oviedo, 1984, p. 356; y J.D. GONZALEZ CAMPOS/R. RECONDO PORRUA, *Lecciones...*, cit. *supra*, pp. 131-132.

de la voluntad cooperativa se produce desde el momento de su entrada en vigor, lo que excluye la necesidad, salvo que el propio convenio lo establezca para supuestos determinados, de asentimiento para cada uno de los actos de cooperación. En el supuesto de que no exista un texto convencional, el consentimiento, tácito o expreso²⁰, puede apoyarse en argumentos de conveniencia, oportunidad o reciprocidad, que permite crear cimientos para abrir canales específicos, en un primer momento, mediante la posibilidad de un tratamiento recíproco y, con posterioridad y según el volumen de relaciones internacionales, para la celebración de convenios.

Por último, admitida la posibilidad de las actuaciones de cooperación judicial internacional, con independencia de las razones que posibiliten su práctica, se abriría la cuestión del modo en el que se relacionan entre sí los Estados implicados en un supuesto de cooperación judicial internacional. La tesis tradicional ha considerado que la autoridad judicial del Estado requerido actúa como "delegada" o "comisionada" de la del Estado requirente²¹. Se olvidarían, sin embargo, dos datos. En primer lugar, que el Estado requerido actúa incluso cuando se pide una forma especial no conforme a la petición del Estado requirente siempre que sea acorde a su propio ordenamiento²². En segundo lugar, se olvida

²⁰ En este sentido, F. POCAR, *L'assistenza...*, cit., p. 64.

²¹ Véase, en este sentido, la Circular de 19 de diciembre 1891, citada. Asimismo, ténganse en cuenta, M.R. FOELIX, *Tratado de Derecho Internacional Privado* (traducido por los directores de la R.G.L.J.), T. I, Madrid, 1858, pp. 387 y ss; y R. JAPIOT, "Commissions rogatoires (Matière civile)", en *Repertoire de Droit International de Lapradelle-Niboyet*, T. IV, París, 1929, p. 69.

Tómese en consideración, G. FRANCHI, "Nota a la sentencia Corte di cassazione, de 4 mayo 1966, núm. 1117, en el asunto Ditta D'Alfonso c. Ditta Kiesehorst", *RDProc*, 1967, pp. 533 y ss.

²² Téngase en cuenta las consideraciones de E. MONTERO RIOS, "¿Debe concederse en España el exequatur a las sentencias de los Tribunales ingleses?", *RGLJ*, núm. 49, 1876, pp. 18-19 y de la Sent. TC 199/94, de 4 julio, (*BOE*, 4

que el "delegado" se encuentra en una relación de subordinación con respecto al delegante frente al que es responsable de su actuación²³. Ninguna de estas circunstancias es predicable en una situación de cooperación judicial internacional. De un lado, porque la premisa de la igualdad soberana de los Estados lo impide y, de otro, porque también el Estado requerido tiene intereses en la ejecución de la petición del Estado requirente, del que puede esperar un trato similar en caso de que sus tribunales sean los requirentes de la cooperación. Más conveniente parece admitir que la razón de la cooperación se encuentra en el ejercicio de la propia soberanía en beneficio tanto de intereses generales internacionales como de intereses propios, latentes en la idea de reciprocidad.

La ventaja del uso de los canales de cooperación judicial internacional, ventaja que no se da solamente en relación con la práctica de prueba en el extranjero, es la de facilitar el desarrollo de las relaciones internacionales²⁴. En efecto, no sólo permite la aproximación de distintas organizaciones jurisdiccionales y de concepciones jurídicas que tradicionalmente se han considerado antagónicas, sino que, además, evitan la cadena de reacciones que acompañan a la ejecución extraterritorial "insensible" con el Estado requerido, a la par que se reafirma el funcionamiento mismo del sistema internacional, pues dichos

agosto, F.j. 3º).

²³ Véase, en este sentido, A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, ed. Dalloz, París, 1965, p. 360.

²⁴ Como se pone de manifiesto en los problemas que se derivan de la notificación, amparada en el Convenio de La Haya de 1965, de procedimientos norteamericanos en los que se reclaman "punitive damages". En este sentido véanse las Sents. Court of Appeals Munich, de 9 mayo 1989, en el asunto *In X company and Attorney Y v. Bavaria*, *ILM*, 1989, pp. 1570 y ss.; y de 15 julio 1992, en el asunto *Bayerische Motorenwerke and others v. State of Bavaria*, *ILP*, 1994, pp. 7 y ss.

canales se asientan en el necesario equilibrio entre los intereses del Estado requirente²⁵ y del Estado requerido. Lo que, a su vez, repercute en el sistema comercial internacional puesto que los mecanismos de cooperación internacional también cumplen una función de "seguridad" dentro de este sistema ²⁶.

Dicha ventaja, sin embargo, se puede convertir en un inconveniente cuando el uso de las vías de cooperación judicial internacional puede suponer una tramitación lenta, costosa y de resultados inciertos de la petición de cooperación, como tradicionalmente se ha venido argumentando en contra de la utilización del cauce de la cooperación judicial internacional. Inconveniente, en efecto, porque en ocasiones se olvida que además de la prestación de un servicio público por el Estado requirente, hay otros intereses que también deben ser tenidos en cuenta, y, en concreto los intereses de los litigantes. Tal vez, los problemas deriven de esta gradación de intereses y quizá la solución empiece por una inversión en la relación entre unos y otros²⁷.

Desde la cooperación judicial se ha intentado dar solución a estos inconvenientes a través de la inclusión de funcionarios diplomáticos, consulares y comisarios para la práctica de la prueba, de la reducción de la incertidumbre de la ejecución a través de fórmulas que hagan tolerable

²⁵ Véase como ejemplo, la sentencia de la Corte di Cassazione, de 3 noviembre 1992, núm. 11906, en el asunto Clabacchi v. Istituto Nazionale della previdenza sociale, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994-2, pp. 417-418.

²⁶ Véase, en este sentido H.G. MAIER, "Extraterritorial Discovery: Cooperation, coercion and the Hague Evidence Convention", *Vanderbilt J. Transnt'l L.*, 1986-2, pp. 239 y ss.

²⁷ Como propuso SCHEUER, en "Debats", en AA.VV., *Colloque l'entraide judiciaire internationale en matière penale, civile, administrative et fiscale*, Ginebra, 1986, p. 274.

al Estado de situación de la prueba o Estado requerido la práctica de la prueba²⁸, o de la introducción de correctores a fin de una mayor utilidad de la prueba ejecutada en el extranjero, como, por ejemplo, a través de la posibilidad de la aplicación de la ley procesal del Estado requirente por los tribunales del Estado requerido, como es el caso de la forma especial.

Sin embargo, este esfuerzo no parece ser suficiente si por parte de los Estados no se afronta también una reflexión sobre el propio régimen autónomo de cooperación judicial internacional, que no sólo es el cauce de la cooperación en defecto de un régimen convencional sino que, además, es el vehículo apropiado para el pleno funcionamiento de las disposiciones contenidas en un texto internacional, por lo que es esencial la coordinación y armonización entre ambos regímenes²⁹. Necesidad de coordinación que ha provocado, en relación con Estados Unidos y, con anterioridad, en otros Estados parte en el Convenio de La Haya de 1970 la necesidad de modificar las normas procesales autónomas para que no defrauden los objetivos convencionales con consideraciones chauvinistas³⁰.

²⁸ Que la prueba sea tolerable en el Estado requerido significa que sea asumible por su ordenamiento, a fin de evitar que sea calificada como nula en el Estado requerido por no haberse ejecutado dentro de lo admisible por la *lex loci executionis*.

²⁹ En este sentido, véanse L. FUMAGALLI, *Conflitti tra giurisdizioni nell'assunzione di prove all'estero*, ed. CEDAM, Padua, 1990, p. 14; y L. CHATIN, "Régime des commissions rogatoires internationales de droit privé", *Rev. crit. dr. i. pr.*, 1977, p. 611.

³⁰ Reforma de los arts. 4, 26 y 18 de las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) de 1 diciembre de 1993 (*ILM*, 1994, pp. 552 y ss.). Ténganse en cuenta, además, las reformas llevadas a cabo por Francia (1975), el Reino Unido (1975), Holanda (1988), Italia (1994-1995) y los intentos de Alemania por elaborar una norma que implemente el Convenio de 1970 a los que nos referiremos más adelante.

2. El objeto de la cooperación judicial internacional.

A. Alcance del objeto.

La cooperación judicial internacional, dependiendo de la concepción que de la misma se adopte, abarcará todas las fases procesales (concepción amplia³¹) o sólo afectará a algunas de dichas fases y a diligencias judiciales concretas (concepción estricta e intermedia³²). En ambos casos la cooperación es el principio de base y la diferencia radica en la extensión material de dicha cooperación³³.

Así, la concepción amplia abarcaría todas las posibles "interferencias" del elemento extranjero a lo largo de un proceso, desde su inicio, e incluso, en algunos casos antes de la interposición de la demanda, hasta el agotamiento de los efectos de la ejecución de una

³¹ Lo que comprendería la notificación al extranjero, obtención de pruebas en el extranjero, las medidas de ejecución y el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones. En este sentido, J.C. FERNANDEZ ROZAS/S. SANCHEZ LORENZO, *Lecciones de derecho internacional privado*, Oviedo, 1988, p. 72. No obstante, estos autores, con posterioridad han optado por una concepción intermedia de la cooperación judicial internacional limitada, por tanto, a la notificación, la obtención de pruebas en el extranjero y la información del derecho extranjero. En este sentido, véase J.C. FERNANDEZ ROZAS/S. SANCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, ed. Cívitas, Madrid, 3ª ed. 1996, p. 647.

³² Sobre las distintas posiciones en torno al contenido de la cooperación judicial internacional, véase O. CAPATINA, "L'entraide judiciaire...", cit., pp. 318 y 380.

³³ Sobre la posible confusión entre ambas, véase I. GARCIA VELASCO "Derecho internacional privado y cooperación: derecho de defensa y régimen de notificaciones de documentos judiciales y extrajudiciales", ejercicio de Cátedra, inédito, Salamanca, 1991, pp. 7 y ss.

resolución extranjera³⁴. Por su parte, la concepción estricta de la cooperación recaería sobre una fase procesal concreta, la instrucción, en la que las actuaciones judiciales predominantes son la notificación de la demanda y la obtención del material probatorio, incluida la posibilidad de que también se consideren dentro de dicho material las medidas de aseguramiento de prueba, cuestión que afrontaremos más adelante³⁵.

El legislador español parece haber optado tradicionalmente por la concepción estricta de la cooperación³⁶. En el régimen de auxilio judicial interno, se considera que los actos de cooperación deben circunscribirse a las diligencias judiciales que no lleven aparejada ejecución definitiva³⁷. Quedaría, sin embargo, abierta la duda de la inclusión en estos actos de cooperación de diligencias judiciales que lo que buscan la efectividad en la ejecución de la decisión, como ocurre con las medidas cautelares, concretamente en relación a los embargos preventivos³⁸, o la corrección en la adopción de la decisión, supuesto

³⁴ En este sentido, véase E. TELLECHEA BERGMAN, *Derecho Internacional privado y Derecho Procesal Internacional*, ed. jurídica Amelio M. Fdez, Montevideo, 1981, p. 126. Para este autor la finalidad de la cooperación judicial internacional "... es lograr que el proceso incoado ante el exhortante foráneo, se establezca, desarrolle o afiance sus resultados, a través de actos que el órgano jurisdiccional rogado ha de llevar a cabo" (el subrayado es nuestro).

³⁵ Véase, en este sentido, el Capítulo IV de este trabajo.

³⁶ Así, por ejemplo, durante el siglo XIX, nuestros tribunales utilizaban los exhortos, en materia civil y mercantil, además de para notificar y obtener prueba, para recibir informaciones, solicitar documentos determinados o compulsar éstos y, en algunos supuestos se extendía también a la petición de detención de malhechores. En este sentido, véanse, entre otros E. de FERRATER Y JANER, *Código de Derecho internacional*, Barcelona, 1846-47, p. 275, n.p.p. 1; y E. BRAVO, *Derecho internacional privado vigente en España*, Madrid, 1886, p. 128.

³⁷ En este sentido, J. GUASP, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 285- 286.

³⁸ Sobre esta cuestión, véase la Sent. AP Teruel, de 21 enero 1995, *AC Audiencias*, 16-31 agosto 1995, núm. 1367 (F. de Dº 6º, pfo. 4º).

este en el que se encontrarían las medidas de aseguramiento de prueba.

Respecto al régimen autónomo de cooperación judicial internacional, el legislador parece haber dado continuidad a la concepción de partida. Así, del tenor literal del art. 300 LEC, que hace referencia a las "diligencias judiciales que deban ejecutarse en el extranjero", cabe deducirse que, al menos en principio y con las mismas dudas abiertas en el supuesto del auxilio interno, las diligencias judiciales ejecutables en el extranjero deben circunscribirse a las notificaciones (art. 300, pfs. 2º y 3º) y a las pruebas (art. 555 y ss. LEC).

B. Los caracteres de los actos de cooperación.

Dicho esto, las características identificadoras de los actos de cooperación judicial internacional en sentido estricto, a nuestro juicio son tres: los actos son tendencialmente neutros, deben integrarse en un proceso, y deben haber sido solicitados por órgano judicial.

En primer lugar, los actos de cooperación judicial internacional son tendencialmente neutros, o, lo que es lo mismo, puramente procesales, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el supuesto del reconocimiento y ejecución de resoluciones en el que sí existe una relación sustantiva y no puramente procesal ³⁹. Sin embargo, esta neutralidad no significa que todos los aspectos hayan de regirse, exclusivamente por la ley procesal, porque esta característica no

³⁹ En este sentido, véanse R. BASSOLS JACAS, "Ideas Generales", en *Tratados de asistencia jurídica internacional en materia civil celebrados por España*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1957, pp. 15-16; P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale negli atti d'istruzione penale*, CEDAM, 1980, p. 34; y G. MORELLI, *Derecho Procesal civil internacional*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, p. 256, entre otros.

concurriría en el caso de la prueba. Como es sabido, en la materia probatoria coexisten aspectos regulados por la *lex fori* (admisibilidad de ciertos medios de prueba, práctica de la prueba, fuerza probatoria) junto con otros regidos por la *lex causae* (carga de la prueba, admisibilidad de la prueba, presunciones) en los que es necesario acudir al derecho sustantivo para valorar, por ejemplo, la pertinencia y utilidad de las pruebas propuestas por las partes⁴⁰. Sin embargo, en ninguno de estos casos existe una decisión sobre el fondo, al igual que ocurriría si se tratase de una notificación, lo que no quiere decir que no influyan sobre aquél⁴¹. Podríamos así afirmar que la prueba no es neutra⁴², pero sí debe serlo su modo de obtención⁴³. Esta característica impediría que el Estado requerido entrase a controlar la admisibilidad o no de la prueba, ya que el Estado requerido de cooperación no debe adoptar una decisión sobre el fondo.

En segundo lugar, los actos de cooperación deben integrarse en un

⁴⁰ Véase, por ejemplo, M. GUZMAN ZAPATER, *El derecho a la investigación de la paternidad (En el proceso con elemento extranjero)*, coed. Civitas/UNED, Madrid, 1996, pp. 105 y ss.

⁴¹ Es cierto que la no obtención de una prueba fundamental, y que hubiese superado los filtros de la admisibilidad, es decir, que existiese una relación estrecha con el *thema decidendi* y que la práctica de la prueba no fuese superflua. No obstante, será el juez del Estado requirente quien valorará los efectos de la no ejecución de la prueba requerida en su decisión. Esto es la neutralidad se verifica desde la valoración de los elementos que integran la petición de ejecución no desde los efectos que previsiblemente pudieran derivarse de la ejecución.

⁴² Salvo que pudiese calificarse de inútil o innecesaria. De nuevo esta cuestión nos conduciría a la valoración de la relación de la prueba con el fondo del litigio, ya que se trataría de decisión de la ejecución de la prueba, una vez calificada como pertinente. Ambas cuestiones se someten a la decisión de los jueces del Estado requirente.

⁴³ Esta afirmación poco tiene que ver con el derecho aplicable a los distintos aspectos de la prueba. La neutralidad no desaparece por aplicar la *lex causae* para concretar el medio de prueba que puede utilizarse.

proceso, que puede ser presente o futuro⁴⁴. A pesar de tener autonomía en algunos ordenamientos, la obtención de prueba en el extranjero es, en general, un incidente del proceso principal. A diferencia de lo que ocurre respecto de la competencia, donde la cuestión gira en torno a un presupuesto para la existencia misma del proceso, o en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencia⁴⁵, y que abre su vía propia y diferenciada del proceso originario.

La duda que se abre con la afirmación anterior es la inclusión de las medidas de aseguramiento de prueba dentro de estos actos de cooperación judicial internacional. Si bien el supuesto de las medidas cautelares nos plantea dudas, ya que su fin es preservar la efectividad de la ejecución, al eludir los inconvenientes temporales propios del transcurso del proceso, creemos que las medidas de aseguramiento de prueba sí deben entenderse incluidas en la cooperación judicial porque son subsumibles dentro de la obtención de pruebas en el extranjero⁴⁶. No se tratarían, pues, de "situaciones próximas al auxilio judicial internacional"⁴⁷, sino que son parte de la cooperación judicial internacional. Y nada tan ilustrativo como los Debates celebrados para la elaboración del Convenio de La Haya de 1970 donde se hace mención

⁴⁴ Sobre el art. 1 apdo. 2º del Convenio de La Haya de 1970 volveremos más adelante para determinar su alcance en cuanto a qué supuestos incluiría.

⁴⁵ En este sentido, L. LEVY, "Entraide judiciaire internationale en matière civile", en AA.VV., *Colloque l'entraide judiciaire internationale en matière penale, civile, administrative et fiscale*, Ginebra, 1986, p. 55.

⁴⁶ Baste como ejemplo la inclusión expresa de estos supuestos en el art. 1. 2º (pruebas destinadas a un proceso futuro) del Convenio de La Haya de 1970 que, sin embargo, excluye expresamente las medidas cautelares (art. 1. pfo 3º). Véase, a este respecto, el Capítulo IV del presente trabajo.

⁴⁷ En este sentido, véase C. GONZALEZ BEILFUSS, *Nulidad e infracción de Patentes en la Comunidad Europea*, ed. Eurolex, Madrid, 1996, pp. 179 y ss.

expresa a fórmulas de aseguramiento de prueba pertenecientes a los ordenamientos alemanes y francés, existentes también en otros ordenamientos⁴⁸.

Cabe distinguir dos vías aptas para asegurar la obtención de la prueba en el momento procesal oportuno. La primera de dichas vías no sería otra que la práctica anticipada de la prueba; la segunda, el establecimiento de medidas de protección de documentos, bienes o lugares para la práctica de la prueba en un momento posterior. No nos cabe ninguna duda sobre la inclusión de la primera de ellas. Por el contrario, la segunda parece más problemática, puesto que, pese a su peculiaridad, no deja de ser una medida cautelar. Pero esta cuestión la abordaremos en un momento ulterior de este trabajo.

Como tercera y última característica, la petición debe ser hecha por un órgano judicial⁴⁹, con independencia de quién sea el encargado de la práctica de la prueba conforme al derecho nacional del Estado requerido ⁵⁰ y con independencia también de si se ha optado por la vía

⁴⁸ Véase, en este sentido, Ph. W. AMRAM, "Rapport Explicatif", *Actes et Documents de la onzième session*, T. IV, *Obtention de preuve à l'étranger*, La Haya, 1970, p. 203.

En el ordenamiento italiano, por ejemplo, encontramos la "teste a futura memoria" o "accertamento tecnico preventivo", ambas con el objetivo de asegurar la prueba. Véase, en este sentido, A.G. MOCHY ONORY, "La convenzione sulla assunzione di prove all'estero in materia civile e commerciale", *RDI*, 1969, pp. 31 y ss.

Respecto al ordenamiento español, véase J.C. FERNANDEZ ROZAS, "La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de derecho internacional privado", *REDI*, 1993-1, p. 85.

⁴⁹ Véanse *infra* las consideraciones que hacemos sobre el Convenio de La Haya de 1970 en relación con esta cuestión.

⁵⁰ Véase el art. 14 Convenio de La Haya de 1970, donde la ejecución de la comisión rogatoria está en manos de los particulares. Sin embargo, las autoridades del Estado requerido han intervenido para la admisión de la petición, de una parte y, de otra, los particulares cuentan con su respaldo coercitivo.

consular, diplomática o por la de comisarios. Esta situación se diferencia del *exequatur* en que la actividad del Estado requirente concluye con la resolución del litigio y son los particulares los que piden el reconocimiento y ejecución de aquella resolución⁵¹.

C. Exclusión de la litispendencia y de las medidas cautelares.

Una vez que hemos descrito las notas caracterizadoras de los actos de cooperación judicial internacional, no podemos finalizar este apartado sin hacer referencia a dos institutos procesales que, si bien parece fuera de duda su inclusión en el más amplio concepto de "cooperación para la realización de la justicia", sin embargo sí nos plantean dudas respecto a su posible inclusión dentro del concepto de cooperación judicial internacional. Dudas que provienen del hecho de reunir tales institutos sólo alguna de las notas configuradoras de la cooperación judicial, pero no las restantes. Se trata, por un lado, de la litispendencia ⁵², y, por otro, de las medidas cautelares.

En primer lugar, la litispendencia debe entenderse como una situación especial de concurrencia de competencias, en la que un tribunal es llamado a conocer de un proceso abierto con anterioridad en el

⁵¹ Véanse, en este sentido, F. POCAR, *L'assistenza...*, cit., p. 17; y M. CAPPELLETTI/J.M. PERILLO, *Civil Procedure in Italy*, ed. Martinus Nijhoff, La Haya, 1965, p. 397.

⁵² La exclusión de la litispendencia se refiere, estrictamente, a su no inclusión en la cooperación judicial internacional, *sensu stricto*, en ningún caso se plantea duda sobre su inclusión en la cooperación internacional en la realización de la justicia. En este sentido, véase, T. PFEIFFER, "Internationale Zusammenarbeit bei der Vornahme innerstaatlicher Prozesshandlungen", en AA.VV., *Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz für Prozessrecht in Taormina, Sizilien, 1995*, ed. Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 98-102.

extranjero entre las mismas partes y con el mismo objeto ⁵³. Esta situación produce efectos en el conocimiento del litigio (art. 21 Convenio de Bruselas) y en su reconocimiento y ejecución (art. 27.5 Convenio de Bruselas). De las características que hemos referido a la identificación de las actuaciones judiciales de cooperación judicial internacional parece claro que fallaría la primera de ellas, es decir, la neutralidad pues, en realidad, lo que se intenta evitar con la litispendencia es permitir que pueda dictarse una resolución judicial que no será susceptible de ser reconocida y ejecutada en un determinado Estado porque los tribunales de éste han resuelto previamente sobre la misma cuestión.

Tampoco concurriría, en segundo lugar, el requisito de la integración del acto en un proceso pendiente, pues en realidad, se trata de la posibilidad de dictar dos decisiones judiciales paralelas, es decir, cada juez toma en consideración su situación y su decisión no se integra en un proceso extranjero, sino que, en el caso de un texto convencional a lo que se llega es a evitar el desarrollo de un segundo proceso (art. 21 Convenio de Bruselas).

Considerar que la litispendencia no es un acto de cooperación judicial internacional, *sensu stricto*, no significa, sin embargo, que nos encontremos ante una situación ajena al principio de cooperación judicial sino más bien todo lo contrario. El reconocimiento de una situación en la que se produzca litispendencia y la admisión de soluciones para evitar la duplicación de procesos, esfuerzos y gastos a través de la declinatoria

⁵³ En este sentido, J.D. GONZALEZ CAMPOS, "Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles", en AA.VV., *Derecho internacional privado*, ed. UNED, Madrid, 1996, p. 308.

internacional⁵⁴ conduce, justamente, a una solución en sentido opuesto⁵⁵, ya que la litispendencia permite la armonización de soluciones y de la efectividad del reconocimiento y ejecución de resoluciones, así como desincentiva al uso estratégico de la posibilidad de iniciar litigios en foros diferentes.

El problema, sin embargo, sí estaría en los aledaños de la cooperación judicial internacional si existiese una situación de concurrencia de competencia, en la que no puede hablarse, *sensu stricto*, de litispendencia: que el Estado requerido se considerase como un foro posiblemente competente, o incluso, exclusivamente competente, y que le sea requerida, por el Estado requirente, para que ejecute en su territorio una prueba que deberá integrarse en un proceso desarrollado ante sus tribunales. Ya hemos apuntado que parece excesivo el control de la competencia por parte del Estado requerido si se le requiere para la ejecución de un acto de cooperación judicial internacional, lo que en este caso, sin embargo, cumpliría una función profiláctica al evitar que una prueba emitida por él pueda ser la base para una resolución que no podrá ser reconocida en el Estado requerido⁵⁶.

⁵⁴ Véanse, M. A. AMORES CONRADI, "La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ", *REDI*, 1989-1, p. 154; y J.M. SANTOS VIJANDE, *Declinatoria y "Declinatoria internacional"*. *Tratamiento procesal de la competencia internacional*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

⁵⁵ La inadmisión de la declinatoria internacional supone, justamente, un revés al principio de cooperación, especialmente por las consecuencias negativas que se producen, no sólo para los particulares sino también para el tráfico internacional. Véase, en este sentido, J.C. FERNANDEZ ROZAS/S. SANCHEZ LORENZO, *Curso...*, cit., p. 278.

⁵⁶ Es en este supuesto donde tendría pleno sentido el art. 276.3 LOPJ cuando excluye la cooperación cuando exista una competencia exclusiva de nuestros tribunales, a pesar de que en los Convenios de La Haya de 1965 y 1970, por influencia de aquél, se haya excluido como causa de no ejecución de las peticiones de cooperación. Véanse las razones sobre el art. 4 anteproyecto que se corresponde con

En segundo lugar, nos hemos referido a la posible situación fronteriza de las medidas cautelares, si bien en el Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, de 18 de marzo 1970 ⁵⁷ están claramente excluidas de su aplicación (art. 1). En éstas la característica que faltaría es la de la neutralidad sobre la decisión de fondo pues, justamente, su función es asegurar la efectividad de la resolución judicial definitiva, lo que requiere una valoración, al menos inicial, de las expectativas procesales.

No debe olvidarse, además, que no hay petición en ejercicio de su función jurisdiccional sino que, o bien es la parte la que solicita a las autoridades del Estado requerido la adopción de una de estas medidas, o bien es adoptada en el Estado requirente y se requiere el reconocimiento

el art. 13 del texto definitivo en M. TABORDA FERREIRA "Rapport Explicatif", *Actes et Documents de la dixième session*, T. III, *Notification*, La Haya, 1964, p. 375. También se ha excluido como causa de inadmisión en los Convenios bilaterales con Brasil de cooperación jurídica en materia civil, de 13 abril 1989 (*BOE*, 10 julio 1991; corr. err., 13-24 agosto, art. 8) y del celebrado con Bulgaria de asistencia judicial en materia civil, de 2 de noviembre 1992 (*BOE*, 30 junio 1994, art. 14).

Véase, además, la sentencia District Court Cir., de 1980, en el asunto *Pain v. United States Technologies*, cit. en C. PECK HAYNE Jr, "Anschuetz, International Discovery American-Style, and the Hague Evidence Convention", *International Law and Politics*, 1986, p. 153. El supuesto es el siguiente:

Se produce un accidente en Noruega, con resultado de muerte, por el fallo de un helicóptero. Como consecuencia de éste se inicia un proceso ante los tribunales norteamericanos. En el proceso concurren una pluralidad de demandantes de varias nacionalidades que se dirigen contra diseñador y fabricante del helicóptero.

Puesto que, a juicio de los tribunales norteamericanos la prueba esencial para el litigio se encuentra en Noruega, éstos acuden al *forum non conveniens* para desplazar hacia los tribunales noruegos el conocimiento proceso. Ello se debe a que el criterio de que situación de la prueba y su localización material más relevante supondría un incremento ilógico de los costes y, por tanto, procede la inadmisión.

⁵⁷ *BOE*, 25 agosto 1987.

y ejecución en Estado requerido⁵⁸, lo que desplazaría el problema hacia el ya descartado del *exequatur*, aunque no tengan el carácter de definitivas⁵⁹.

⁵⁸ En este sentido, véase, F. RAMOS MENDEZ, *Derecho procesal civil*, vol. II, ed. Bosch, Barcelona, 1993, p. 941.

⁵⁹ Problema resuelto por el Convenio de Bruselas que no requiere la firmeza de las resoluciones, es decir, que no quepa recurso alguno contra ellas sino su carácter definitivo y ejecutorio, conforme a la legislación del Estado requirente, lo que permite también utilizar el sistema de reconocimiento y ejecución para las resoluciones interlocutorias (arts. 25 y 30 Convenio de Bruselas).

En nuestra red convencional bilateral se admite la posibilidad de este reconocimiento cuando sea posible dictar y hacer ejecutar decisiones similares en el Estado requerido o cuando se adopten para proteger la ejecución de la sentencia cuando se tema que puedan ocultarse o enajenarse bienes. En este sentido, véanse, respectivamente, art. 23 del Convenio con Checoslovaquia sobre asistencia jurídica y *exequatur*, de 26 enero 1987 (*BOE*, 3 diciembre 1988; corr. err., 26 enero 1989) y art. 1 del Convenio con Méjico sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales, en materia civil y mercantil, de 17 abril 1989 (*BOE*, 9 abril 1991; corr. err., 6 mayo y 20 septiembre). El primer supuesto presenta un problema pues el régimen de la Ley de Enjuiciamiento civil para el reconocimiento y ejecución se limita a las sentencias firmes, únicas con la calificación de ejecutorias según nuestro ordenamiento (art. 245.4 LOPJ y art. 369 LEC), lo que excluiría el reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares adoptadas en el Estado de origen de la petición o Estado requirente.

CAPITULO II

LOS RÉGIMENES DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

I. Introducción.

Desde la perspectiva formal, la cooperación judicial internacional presenta una doble dimensión. De una parte, la dimensión autónoma, y, de otra, la dimensión convencional. La primera, englobaría tanto las disposiciones contenidas en la LOPJ y en la LEC, así como el art. 8 del Cc, que constituyen nuestro régimen autónomo de cooperación. No obstante, no debemos olvidar la importancia de la labor jurisprudencial en el desarrollo de nuestro régimen de cooperación, aunque a veces este desarrollo podría calificarse de retrógrado. Tampoco debemos olvidar la evolución histórica de nuestras normas hasta alcanzar el régimen actual.

Por su parte, la dimensión convencional de nuestro régimen de cooperación, es destacable el importante número de convenios, tanto bilaterales como multilaterales que la conforman. Este entramado convencional, si bien resuelve los problemas derivados de la cooperación judicial internacional y fomenta la misma plantea problemas de coordinación entre los distintos instrumentos convencionales.

La concurrencia convencional se produce por una pluralidad de causas. Así, estaremos ante un supuesto de concurrencia cuando sea motivada por amplitud de formulación de sus objetos que realizan ciertos textos convencionales, o bien porque existen supuestos concretos pueden ser asumidos por más de un texto internacional, o por todo lo contrario,

es decir, por la ausencia de una respuesta positiva a un problema concreto o la ineficacia de la solución convencional en su ejecución práctica.

Junto a los problemas que se plantean dentro de cada una de estas dimensiones -de formulación y reconstrucción, en la dimensión autónoma y de coordinación, en la dimensión convencional- encontramos, a su vez, problemas en cuanto a la pauta que debe establecer las reglas de relación entre ambas dimensiones, cuestión esta a la que nos referiremos en el siguiente capítulo.

II. Régimen del Derecho internacional privado autónomo: rasgos generales en el ordenamiento español.

Definido el objetivo, hemos de diferenciar el objeto de análisis. Ya hemos señalado que, a nuestro juicio, debemos hacer una interpretación de "diligencias judiciales", referidas a los exhortos, limitada a la notificación y a la prueba¹ más acorde con la práctica convencional², a excepción de algunos convenios bilaterales³, aunque cabría introducir

¹ Sin embargo, en el auxilio judicial interno los exhortos también se utilizan para requerimiento de pago, embargos y citaciones de remate y lanzamientos, además de para notificaciones y pruebas. Véase la Sent. AP Teruel, 21 enero 1995, citada.

² Véase el art. 2 de la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (en adelante Convención de Panamá 1975), de 30 enero 1975 (*BOE*, 15 agosto 1987) y el art. 8 de Tratado bilateral con Suiza sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial, de 10 noviembre 1896 (*GdM*, 9 julio 1898) y el art. 3 del Convenio bilateral con Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (*BOE*, 17 noviembre 1977).

³ Véase el art. 2 del Convenio bilateral con China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, de 2 de mayo de 1992 (*BOE*, 31 enero 1994; corr. err., 11 marzo). El Convenio con Bulgaria (art. 11) además de la aceptación del contenido

matices respecto de los supuestos de cooperación pasiva, como veremos más adelante. De estos dos aspectos nosotros nos centraremos en el segundo.

1. El principio de cooperación y el derecho a la tutela judicial como informadores del régimen autónomo español de cooperación judicial internacional.

Nuestro régimen autónomo de cooperación judicial internacional se asienta sobre dos elementos: el principio de la cooperación internacional, y su concreción en las relaciones procesales privadas internacionales, y derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE). El derecho fundamental consagrado en el art. 24 de la CE, por su parte, garantiza la obtención de prueba en el extranjero en sus dos vertientes, tanto activa como pasiva⁴.

La incidencia conjunta del principio de cooperación y del derecho del art. 24.2 CE debe desembocar en la configuración de un régimen autónomo de cooperación en el que el diferente régimen jurídico de la cooperación judicial de los tribunales españoles, según que sean éstos

notificación y obtención de prueba, introduce la posibilidad de utilizar las comisiones rogatorias para "diligencias que se estime oportunas en el marco de un procedimiento" lo que podría permitir su uso para la ejecución de medidas de aseguramiento de prueba, posibilidad que será analizada con posterioridad.

⁴ Véase esta relación en el campo penal en B. GARZON REAL, "Valor y efectividad de las diligencias practicadas en el extranjero, en relación con el respeto a los derecho de defensa y a un proceso con las debidas garantías", *Actualidad Penal*, núm. 16, 1989, pp. 833-838; D. OPERTTI, "Judicial Mutual Cooperation in Criminal Matters", *NILR*, 1992, pp. 88 y ss.; y G. POLIMERI, "Judicial Cooperation", en AA.VV., *Les accords de Schengen: Abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1993, pp. 53-57.

quienes soliciten la práctica de una prueba en el extranjero o según que sean ellos los requeridos de cooperación, se base en diferencias objetivas y razonables, que tengan en consideración los intereses concurrentes y sean proporcionales al objeto de la petición⁵ y en el que sea posible prever los resultados⁶. A continuación expondremos la incidencia particular de cada uno de estos elementos en el régimen autónomo de cooperación judicial internacional.

El principio de cooperación pese a que sólo aparece explicitado en el Preámbulo del texto constitucional, forma parte de nuestro ordenamiento a través de las normas internacionales integradas en él, en concreto a través de la incorporación de la Resolución de Naciones Unidas 2625 (XXV)⁷. Este principio es el núcleo del Derecho procesal internacional, concretado en la cooperación para la realización de la justicia, donde su función es la de dar continuidad a la protección judicial de los derechos⁸ y que se manifiesta de forma distinta según el aspecto concreto del proceso al que hagamos referencia a la competencia, la

⁵ Véase, Auto TC 84/81, de 22 julio, (*JCo*, II, pp. 489 y ss, F. j. 5^o).

⁶ En el tráfico internacional se exige un mínimo grado de certeza de los operadores que deben tener capacidad de conocer con anticipación su sujeción a una jurisdicción y los instrumentos procesales en manos de la contraparte, con independencia del supuesto concreto y de la regulación material. Véase, en este sentido, "Predictability and Comity: Toward Common Principles of Extraterritorial Jurisdiction", *Harv. L. Rev.*, 1985, p. 1321.

⁷ Téngase, además, en cuenta el art. 6 del Anteproyecto de Constitución, de 5 de enero de 1978, en el que se incorporaban al ordenamiento español los principios inspiradores de las relaciones internacionales y las enmiendas 248 y 330 presentadas, respectivamente, por el Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya y Socialista del Congreso, en *Trabajos Parlamentarios de las Cortes Generales*, Madrid, 1979. Véase sobre esta incorporación al texto constitucional A. REMIRO BROTONS, *La acción exterior del Estado*, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 93-96.

⁸ Véase, en este sentido, la Sent. TC 43/86, de 15 de abril, (*BOE*, de 29 de abril, F. j. 6^o) en el que se considera que, las actuaciones de cooperación judicial, *sensu lato*, mejora el tráfico internacional al asegurar los derechos procesales de los súbditos en cada país.

notificación, la obtención de prueba o el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras⁹.

Naturalmente, este principio es de aplicación cuando son los tribunales españoles los requeridos para realizar una actuación procesal que habrá de integrarse en un proceso pendiente en el Estado de origen o requirente, ya que es entonces cuando se pone en juego la autolimitación del legislador soberano en favor de la tutela de otros intereses implicados. Dichos intereses pueden ser, por un lado, los del Estado requirente, en el sentido de que el mismo estará en condiciones de dar curso a su facultad de administrar justicia con independencia de dónde se encuentren ciertos elementos del proceso o alguna de las partes procesales. Por otro lado, los intereses de las partes en el proceso, quienes pueden utilizar las pruebas pertinentes para su defensa asimismo con independencia de dónde se encuentren. Adoptada esta decisión, nuestro legislador opta por establecer reglas para concretar esta voluntad, en las que, en cualquier caso, deberá asegurarse, con las peculiaridades de los actos de cooperación, la tutela judicial de los derechos¹⁰.

En el caso de actos de cooperación activa, esto es, actos procesales cuya ejecución se solicita por los tribunales españoles para que se integren en un proceso pendiente ante ellos¹¹, el principio de cooperación internacional queda limitado en su eficacia al mero acto de

⁹ Véase la Sent. TC 199/94, cit. (F.j. 3º).

¹⁰ Que como derecho tutelado constitucionalmente es una norma de derecho público territorialmente protegida (arts. 24 CE y 8.1º Cc). Véanse las Sents. TC 43/86, de 15 abril (*BOE*, 29 abril, F.j. 4º); 54/89, de 23 febrero, (*BOE*, 14 marzo, F.j. 4º), entre otras.

¹¹ En este sentido, L. MARTIN MINGARRO, "Los actos de comunicación y el auxilio judicial", en AA.VV., *Jornadas sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, p. 289.

la petición, sin que de él se desprenda fuerza de obligar para el Estado requerido, con independencia de que el mismo tenga concreción o articulación a través de prácticas como la reciprocidad.

Junto a este principio general de las relaciones internacionales y su concreción en algunos aspectos de la cooperación judicial internacional, ésta ha de ir referida a la obtención de prueba en el extranjero. Dejaremos de lado las discusiones sobre la relación entre los apartados 1º y 2º del art. 24 CE¹² para centrarnos en la configuración del derecho a la prueba¹³.

Para que nos hallemos, ante el derecho fundamental a la prueba es necesario que concurran alguna de las siguientes hipótesis: primera, que no se haya abierto el período probatorio, sin causa justificada y que no se limita a la potestad judicial de apreciar la pertinencia de los medios de prueba propuestos por las partes¹⁴; segunda, que una prueba pertinente no sea admitida sin fundamentación o con fundamentación ilógica, irracional o arbitraria; tercera, que no se ejecute la prueba a pesar de haber sido admitida previamente y que dicha inejecución no se encuentre amparada en una causa legítima (inutilidad, por ejemplo); y, cuarta, que una prueba no sea tomada en consideración por el transcurso

¹² Recuérdese la distinción entre los supuestos salvaguardados por los apdos. 1º (derecho fundamental) y 2º (garantía procesal) del art. 24. Véanse, a título de ejemplo, las Sents. TC 26/83, de 13 de abril (*BOE*, 17 mayo, F.j. 2º); 89/85, de 17 julio (*BOE*, 14 septiembre, F.j. 1º).

¹³ Debemos diferenciar los supuestos en los que esté en juego el derecho fundamental a la prueba de aquellos en los que se trata del derecho legal de la prueba. Sobre esta distinción, véase, entre otros, M. TARUFFO, "Le droit à la preuve", en AA.VV., *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1983, pp. 43-44.

¹⁴ En este sentido, véase la Sent. TC 14/97, de 28 enero (*BOE*, 26 febrero, F.j. 10º).

del término extraordinario concedido para su práctica. En esto caso se exige, además, que la omisión de la práctica de la prueba no sea atribuible a la parte y que de la inejecución de la prueba se produzca indefensión, en sentido material¹⁵.

Respecto a la primera hipótesis, el ataque al derecho a la prueba se produce cuando el órgano judicial no abre el período probatorio cuando ambas partes o una de ellas junto a la decisión del juez, previa audiencia de la parte que se opone y sus defensores (art. 550, pfo. 2º LEC), lo solicitan. La única excepción a la apertura del período de prueba se establece en el art. 552 de la LEC, en el supuesto en el que ambas partes acuerden la decisión directa del juez, sin necesidad de prueba. En el resto de los supuestos, la no apertura equivale a la privación del derecho a la utilización de la prueba pertinente para su defensa.

En relación con la segunda hipótesis, como afirma la jurisprudencia constitucional, "el derecho a utilizar los medios de prueba

¹⁵ Como sabemos no coincide el concepto de indefensión protegido por las normas procesales (indefensión formal) y las constitucionales (indefensión material). Las primeras protegen contra la indefensión desde una óptica puramente formal, es decir, bastaría con que se incumpliese algún precepto de la Ley de Enjuiciamiento civil para que ésta fuese protegida.

Por otra parte, para que la indefensión sea tutelada constitucionalmente es necesario que se haya entorpecido o dificultado de manera sustancial la defensa de los derechos e intereses propios de una de las partes o haya roto sensiblemente el equilibrio entre ellas a pesar de utilizar los medios legales, y de la actuación diligente de quien requiere la protección al inicio del proceso o en alguno de los actos que los constituyen, con el consiguiente perjuicio real y efectivo, no produciéndose si tuvo medios alternativos para defender sus intereses. Véanse, entre otras muchas, las Sents. TC, de 23 noviembre 1981 (*BOE*, 12 diciembre, F.j. 8º); 48/84, de 4 abril 1984 (*BOE*, 25 abril, F.j. 1º); 70/84, de 11 junio 1984 (*BOE*, 11 julio, F.j. 1º); 89/86, de 1 julio 1986 (*BOE*, 22 julio, F.j. 2º); 227/91, de 28 noviembre (*BOE*, 3 enero 1992, F.j. 5º); 30/95, de 6 febrero (*BOE*, 10 marzo, F.j. 1º); 39/95, de 13 febrero (*BOE*, 18 marzo, F.j. 6º); 116/95, de 17 julio (*BOE*, 22 agosto, F.j. 4º); y 121/95, de 18 julio (*BOE*, 22 agosto, F.j. 4º).

pertinente no implica la pérdida de la potestad jurisdiccional para declarar la impertinencia"¹⁶. Para que se proteja el derecho a la prueba en esta hipótesis es necesario, en primer lugar, que el peticionario de la prueba muestre un cierto grado de diligencia y de colaboración para que la prueba se practique. Así, en primer lugar, es necesario que el peticionario ejerza su derecho en tiempo y forma legalmente establecidos¹⁷. En segundo lugar, es necesario que demuestre la transcendencia y la relevancia de la prueba solicitada¹⁸. En tercer lugar, que mantenga a lo largo de la fase probatoria una activa colaboración para que la prueba se practique¹⁹. Por último, se mantiene el deber de diligencia exigido para la protección constitucional cuando se reclama la subsanación del defecto procesal concreto, en el momento procesal oportuno²⁰.

Por su parte, el juez *a quo*, valorará, conforme a la legislación ordinaria, y a la práctica judicial, la pertinencia y utilidad de las pruebas solicitadas (art. 566 LEC²¹). Sólo en el supuesto de que la decisión

¹⁶ Véase la Sent. TC 206/94, de 11 julio (BOE, 4 agosto, F.j. 2º).

¹⁷ Véanse, en este sentido, entre otras, las Sents. TC 211/91, de 11 noviembre (BJC, núm. 128, pp. 12 y ss., F.j. 2º); y 351/93, de 22 noviembre (BOE, 29 diciembre, F.j. 2º). Téngase en cuenta, además, el Auto TC 294/85, de 8 mayo (JCo, T. XII, pp. 570-574, F.j. 3º).

¹⁸ Entre otros, véase, el Auto TC 460/83, de 13 octubre (JCo, VII, pp. 720 y ss., F.j. 6º).

¹⁹ En este sentido, véase, la Sent. TC 131/95, de 11 septiembre (BOE, 14 octubre, F.j. 2º, pfo. 2º).

²⁰ Véanse, en este sentido, entre otras, las Sents. TC 140/96, de 16 septiembre (BOE, 21 octubre, F.j. 2º); y 210/96, de 17 diciembre (BOE, 22 enero, F.j. 2º).

²¹ No existiría denegación de la prueba, por tanto, si ninguna de las partes hubiese solicitado el recibimiento del pleito a prueba. Véase la Sent. TS, de 1 marzo 1933 (RAJ, 1519).

sobre la pertinencia carezca de fundamento o sea irracional²² se producirá indefensión, en sentido material²³, ya que, en otro caso, la protección no será del derecho fundamental a la prueba sino del derecho de la prueba protegido por la jurisdicción ordinaria²⁴. Por tanto, sólo en el primer supuesto se priva, efectivamente, al peticionario del ejercicio de su derecho.

Puesto que no existe un derecho ilimitado a la prueba, éste está sujeto a la necesaria admisión a través de la valoración judicial de las pruebas propuestas por las partes. El elemento sujeto a valoración que nos interesa es la verificación del juez de la relación existente entre la

²²No afecta a la indefensión si la prueba es impertinente o su denegación está jurídicamente fundada. Véase, en este sentido, Auto TC 283/82, de 29 septiembre (JCo, T. IV, p. 715 y ss.).

²³ Respecto a la incidencia de la falta de fundamentación o su irracionalidad y el modo en que esta afecta al derecho fundamental a la prueba, véanse, entre otras, las Sents. TC 30/86, de 20 febrero (BOE, 21 marzo, F.j. 9º); 97/87, de 10 junio (BOE, 26 junio, F.j. 3º); 149/87, de 30 septiembre (BOE, 20 octubre, F.j. 2º); 50/88, 22 marzo, cit. (F.j. 4º); 9/89, de 23 enero (BOE, 20 febrero, F.j. 3º); 89/95, de 6 junio (BOE, 8 julio, F.j. 6º); 25/97, de 11 febrero (BOE, 14 marzo, F.j. 5º); 35/97, de 25 febrero (BOE, 1 abril, F.j. 5º); y 39/97, de 27 febrero (BOE, 1 abril, F.j. 6º).

²⁴ Véase, entre otras, la Sent. TS (Sala 1º), de 1 octubre 1994 (RAJ, 7441); y Nota a la misma de N. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Cuadernos Cívitas Jurisprudencia Civil*, núm. 37, pp. 249 y ss.

Cabría acceder al recurso de casación alegando la existencia de un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales (art. 1692, 3º LEC) cuando la denegación sea inmotivada y se trate de pruebas sustanciales para los intereses de la parte que los propone. En este sentido, véanse, entre otras, las Sents. TS (Sala 2ª), de 7 febrero 1992 (RAJ, 1098, F. de Dº 1º); y (Sala 1ª), de 8 noviembre (RAJ, 8145, F. de Dº 3º).

En relación con distintos recursos para la tutela de este derecho, véase, C. MARTIN BRAÑAS, "El control jurisdiccional de la delcaración de pertinencia de la prueba", AC, 1997-10, marginal núm. 203 y ss.

prueba y el *thema decidendi*²⁵. Según ha establecido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1994²⁶: "se vulnera el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba para su defensa si el órgano judicial deja de disponer la ejecución del medio probatorio sin causa legítima que lo justifique y siempre y cuando dicha omisión, no atribuible a la parte recurrente, produzca indefensión..."; en el caso, las pruebas "eran relevantes y tenían incidencia efectiva sobre la decisión a adoptar, de forma que el fallo pudiera, en su caso, haber sido otro de haberse practicado las mismas conforme se acordó inicialmente por el órgano judicial" (el subrayado es nuestro).

La tercera hipótesis en la que el derecho fundamental a la prueba supone la privación de una prueba pertinente pero que no se ejecuta pese a no existir una justa causa. Sin embargo, no habría violación de dicho derecho cuando el hecho que pretende probarse se encuentra acreditado por otros medios probatorios²⁷, por lo que dichas pruebas pertinentes

²⁵ Sobre esta relación entre la prueba y el *thema decidendi*, véanse, respecto a la doctrina elaborada por la jurisdicción ordinaria, entre otras, las Sents. TS (Sala 1ª), de 11 marzo 1932 (*RAJ*, 953); (Sala 1ª), de 19 enero 1933 (*RAJ*, 1437); (Sala 1ª), de 1 abril 1933 (*RAJ*, 1593); (Sala 1ª), de 5 marzo 1982 (*RAJ*, 1283); (Sala 2ª), de 20 enero 1992 (*RAJ*, 239); (Sala 2ª), de 7 febrero 1992 (*RAJ*, 1101); (Sala 2ª), de 5 marzo 1992 (*RAJ*, 1785); (Sala 1ª), de 4 mayo 1993 (*RAJ*, 3440); y Auto TS (Sala 1ª), de 29 abril 1981 (*RAJ*, 1679).

En el mismo sentido, ténganse en cuenta, además, la jurisprudencia constitucional en esta materia. Así, entre otras, las Sents. TC 50/82, de 15 julio (*BOE*, 18 agosto, F. j. 4º); 50/88, de 22 marzo (*BOE*, 13 abril, F.j. 2º); 59/91, de 14 marzo (*BOE*, 16 abril, F.j 2º); 1/92, de 13 enero (*BOE*, de 13 febrero, F.j. 3º); 87/92, de 8 junio (*BOE*, 1 julio, F.j. 2º); 30/95, cit., (F.j. 1º); 131/95, cit., (F.j. 2º); y 14/97, cit. (F.j. 10º).

²⁶ Sent. TC 246/94, de 19 septiembre (*BOE*, 21 octubre, FF.jj. 3º y 4º).

²⁷ Véanse, entre otras, las Sents. TS (Sala 2ª), de 12 marzo 1992 (*RAJ*, 2442, Fº de Dº 10º); y (Sala 1ª), de 4 mayo 1993 (*RAJ*, 3440, F. de Dº 3º).

devendrían reiterativas e innecesarias²⁸.

Por último, también puede plantearse la infracción de este derecho fundamental a la prueba en aquellos supuestos en los que el material probatorio se halla en el extranjero. Nos referimos a aquellos supuestos en los que solicitado el término extraordinario, bien la práctica de la prueba se demora por causas ajenas al peticionario, bien practicada la prueba dentro del término otorgado, sin embargo, no se remite, a las autoridades españolas, el material obtenido, lo que, en principio, supondrá la ineficacia de dicha prueba. No obstante, a esta cuestión aludiremos posteriormente con mayor detenimiento.

Por lo que respecta a la vertiente pasiva de la cooperación, parece evidente que la mera formulación de cualesquiera normas que permitan la ejecución de la petición de notificación o la práctica de prueba proveniente de un tribunal extranjero por nuestros tribunales no es suficiente para considerar que la voluntad de cooperación manifestada por nuestro legislador se ha materializado. Y la razón la encontramos en el carácter instrumental que caracteriza a la cooperación y, por tanto, debe permitir la consecución del objetivo en torno al cual se ha expresado esa voluntad cooperativa, en nuestro caso, el uso de la prueba pertinente para la defensa de los intereses propios, con independencia de dónde se desarrolle el proceso.

¿Cumplirá nuestro régimen autónomo de cooperación judicial internacional este fin?. O planteado de otro modo, ¿las condiciones establecidas para la garantía probatoria permiten que a través de los

²⁸ Véanse, en este sentido, entre otras, las Sents. TC 44/88, de 17 marzo (BOE, 25 abril, F.j.); 89/86, cit. (F.j. 3º); 205/91, de 30 octubre (BOE, 27 noviembre, F.j. 3º); 206/94, cit. *supra* (F.j. 2º); y el Auto TC 84/81, cit., (F.j. 4º).

cauces de la cooperación se garantice el uso de la prueba pertinente para la defensa tanto del litigante nacional como del extranjero?.

No parece, por ejemplo, que, cuando la petición de la práctica de una prueba en el extranjero se solicita por nuestros tribunales, se cumpla el objetivo tutelar cuando se requiere, sin apoyo legal expreso, la petición cumulativa del término y la comisión rogatoria. Ha sido la acumulación de "la tiranía de la práctica"²⁹ y de una interpretación extrema del principio dispositivo³⁰ la que ha conducido a esta necesidad, ya que en el texto legal parece que la solución es otra: otorgado el término extraordinario³¹ es el juez quien debe librar lo que proceda para la ejecución del exhorto (art. 569 LEC)³², pues otra cosa no dispone la ley

²⁹ En este sentido, V. CORTES DOMINGUEZ, *Derecho procesal...*, cit., p. 90-91. Véanse, además las Sents. TS (Sala 1ª) 18 enero 1879 (*JC*, vol. XLI, núm. 13); y de 5 diciembre 1978 (*RAJ*, 3642).

³⁰ Véanse J .D. GONZALEZ CAMPOS, "Nota a la Sent. TS de 5 diciembre 1978", *REDI*, 1981-2, pp. 658-659; y la Sent TS, de 18 enero 1879, cit. *supra*.

Téngase en cuenta, en la práctica comparada la delimitación de la discrecionalidad judicial en materia de comisiones rogatorias al extranjero en la Sent. Clabacchi c. Istituto Nazionale della previdenza sociale, citada. En ésta resolución se limita la discrecionalidad del juez, respecto al uso de la comisión rogatoria, al medio de prueba (pericial, documental...) o la vía que utilizará (consular, directa...) y al control en el momento de la devolución.

³¹ Cuya duración es idéntica con independencia de la cuantía o la complejidad del litigio (arts. 556 (cuatro meses si en Europa o seis meses, si en el resto del mundo); 698 (menor cuantía) y 754 (incidentes) LEC) excepto para los juicios de cognición en el que existe un plazo común, con independencia del lugar donde deba practicarse la prueba (art. 56 del Decreto por el que se desarrolla la base décima de la Ley de 19 de julio de 1944 sobre normas procesales aplicables en la Justicia Municipal, de 21 de noviembre de 1952 (*BOE*, 2 diciembre 1952).

³² No debe olvidarse que esta afirmación se refuerza en aquéllos supuestos denominados "inquisitivos civiles" (estado de las personas y derecho de familia) donde rige el principio de impulso de oficio, están limitados los actos de disposición y es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal. Sobre estos supuestos, véase F. RAMOS MENDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 899 y ss.

Véase, además, la Sent. de la Corte di Cassazione italiana, de 19 de noviembre de 1993, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994-4, pp. 832 y ss.

(arts. 237 LOPJ y 307 LEC).

La interpretación anterior no se ajustaría, sin embargo, a la simplificación al acceso a la prueba pertinente para la defensa situada en el Estado requerido, sino que podría ser más bien un obstáculo a la misma. Es evidente que, para que la prueba se practique, al peticionario se le imponen ciertas cargas relacionadas con la proposición de la prueba en el momento y forma legalmente establecido³³, la argumentación a favor de su trascendencia³⁴ y la colaboración activa para su práctica³⁵, pero también lo es que una vez valorada como pertinente y útil una prueba corresponde al juez la elección del cauce procesal adecuado para la ejecución³⁶, en la que, sin duda, debe colaborar el peticionario de la prueba.

La letra de la norma es clara: el peticionario debe proponer las pruebas en las que apoye su pretensión, solicitar el término extraordinario cuando se practique una prueba en el extranjero y velar para que la prueba se practique dentro de él. Añadir otras cargas no previstas expresamente en la norma supone desplazar el *iura novit curia* que informa los aspectos de funcionamiento judicial al interesado. Una

³³ Véase Sent. TC 211/91, cit., (F.j. 2º).

³⁴ Véanse las alegaciones del Ministerio Fiscal en la Sent TC 98/84, citada: "c) El sólo recibimiento a prueba no convierte al juez en impulsor de la que pueda resultar influyente en la decisión, pues la proposición de la prueba habrán de realizarla las partes y acordarla el Tribunal, valorando su pertinencia y utilidad, por lo que mal puede decirse que este derecho fue violado cuando, la parte no ejercitó su derecho a probar, instando su recibimiento y sujetándose en cuanto a su proposición y práctica a las reglas que la disciplinan".

³⁵ Véase la Sent. TC 131/95, de 11 septiembre (BOE, 14 octubre, F. j. 2º, pfo 2º).

³⁶ Véanse, entre otras, las Sents. TC 30/95, cit. (F.j. 1º); y 39/95, cit. (F.j. 6º).

interpretación como ésta se aleja de ser la apropiada para evitar que se produzca una situación de indefensión³⁷ si no puede obtener una prueba esencial para la resolución del litigio³⁸ ya que impide su previsión por el peticionario.

2. Régimen autónomo de cooperación judicial internacional.

A. Su carácter residual.

Como primera consideración hacia nuestro régimen autónomo de cooperación judicial internacional, es preciso aludir a la generalizada opinión según la cual el régimen común se utiliza de una manera harto residual. Escasa utilización que vendría motivada, en efecto, por una diversidad de razones: de una parte, la participación de España en una importante red convencional, participación cuyo análisis desarrollaremos en un momento ulterior de la presente investigación; de otra, la *vis atractiva* del art. 8.2º del Cc y la confusa formulación de la excepción de su apartado último; una tercera razón se apoya en la inexistencia de un cauce procesal para recurrir la denegación de lo solicitado por

³⁷ Véanse Sents. TC 117/86, cit., (F.j. 2º); 247/88, de 19 diciembre (BOE, 13 enero 1989, F.j. 3º); y 1/92, cit., (F.j. 4º).

³⁸ Véase Sent. TC 45/96, de 25 marzo (BOE, 27 abril 1996). Esta versa sobre la petición de reconocimiento, por las autoridades españolas, de una pensión de invalidez solicitada por un nacional español al que se le reconoció, parcialmente esta situación por las autoridades alemanas. Para ello aporta, como prueba de su situación de invalidez, informes médicos emitidos por facultativos alemanes, en idioma alemán. Las autoridades españolas dan nulo valor a estos informes porque no fueron convenientemente traducidos, conforme a lo dispuesto en los arts. 600 y 601 de la LEC. El recurrente alega la inexistencia de esta obligación amparándose en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades a partir de la sentencia 55/77, en el asunto Marris, que interpreta el Reglamento CEE 1498/71, relativo a la seguridad de los trabajadores migrantes, aplicable al supuesto, el cual obliga a aceptar a los documentos emitidos por las autoridades de cualquier Estado miembro, sin necesidad de traducción.

comisión rogatoria³⁹; por último tampoco debe desdeñarse, esta vez desde el punto de vista de la conformación histórica del régimen autónomo, el efecto desincentivador que produjo, en los orígenes, la coexistencia de una maraña de disposiciones reglamentarias y de una fuerte falta de seguridad acerca del cuadro de vigencias y derogaciones normativas⁴⁰, todo lo cual condujo a la ineficacia y al desprestigio del régimen autónomo⁴¹.

La convicción generalizada acerca de la aplicación residual del régimen autónomo, si bien cierta en términos generales, no deja de ser parcial, ya que repara solamente en una de las funciones de dicho régimen autónomo, como es la de establecer normas de cooperación a aplicar en defecto de convenio. Sin embargo, tal opinión olvida que el régimen autónomo cumple otra importante función, cual es la de servir de complemento indispensable a las disposiciones convencionales, a fin de que se cumplan los objetivos del régimen convencional, asumidos

³⁹ En este sentido, M. ANGULO, *Lecciones de Derecho Procesal Internacional*, Granada, 1974, p. 77.

Esta afirmación, sin embargo, no tiene en cuenta que "lo solicitado por comisión rogatoria" es una prueba que previamente ha sido admitida por el tribunal y considerada, por tanto, pertinente y útil. Si no se tramitase la comisión rogatoria por no haber sido expresamente requerida por la parte, en una interpretación excesiva del principio dispositivo. A este respecto, véanse la Sents. TS de 5 diciembre 1978, así como J.D. GONZALEZ CAMPOS, "Nota", cit.: y (Sala 1ª), de 27 mayo 1985 (*RAJ*, 2814) así como I. GARCIA VELASCO, "Nota a la Sent. TS de 27 mayo 1985", *REDI*, 1986-1, pp. 221 y ss.

⁴⁰ Véanse, en este sentido, E. PECOURT GARCIA, "Una institución singular en la historia del derecho internacional privado español: el "fuero de extranjería"", en AA.VV., *Estudios de Derecho internacional público y privado (Homenaje al Prof. Luis Sela Serpill)*, vol. II, Oviedo, 1970, p. 888; y referido concretamente al texto de la LEC de 1855, P. GOMEZ DE LA SERNA, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857, p. 162.

⁴¹ Sobre las razones del escaso y receloso uso de las disposiciones autónomas de cooperación judicial internacional, véase, V. CORTES DOMINGUEZ, *Derecho procesal...*, cit., p. 96.

como propios por el régimen autónomo⁴². Dicho de otra manera, si bien el régimen autónomo está condenado a una aplicación residual en su función de supletoriedad respecto del régimen convencional, no sucede lo mismo a partir de lo que podemos calificar de complementariedad entre régimen convencional y régimen autónomo, en el sentido de que, para la completa operatividad del régimen convencional es con frecuencia necesario el concurso de las normas del régimen autónomo.

El pleno desenvolvimiento de la cooperación podría, en suma, verse impedido como consecuencia de la inexistencia, o insuficiencia, de una norma interna que señale el cauce procedimental a los objetivos convencionales⁴³. Así, sólo a modo de ejemplos, cabría plantear algunos interrogantes, tales como de qué manera responde nuestro ordenamiento ante la práctica de una prueba mediante un procedimiento especial; qué supuestos prevé para la obtención de prueba en un proceso futuro; o, en

⁴² Como es el caso de los buenos deseos que sustentaron la incorporación del apartado 2º del art. 8 del Cc. Véase el "Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto articulado del Título Preliminar del Código Civil de 4 de abril 1974", Pleno, núm. 38990, en AA.VV. *Comentarios a la reforma del Título Preliminar del Código civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1977, p. 1227.

⁴³ Pensemos, por ejemplo, en la urgencia en la tramitación y ejecución de las peticiones de cooperación prevista en el Convenio de 1970 (art. 9. pfo. 2º) para cumplir con el fin de utilidad.

En las Comisiones Especiales sobre la aplicación del Convenio se recuerda que el tiempo invertido oscila entre 3 y 6 meses desde la recepción a la devolución. Pues bien, supongamos que un tribunal español remite al Estado requerido una petición de cooperación, en la que no es necesario indicar el término con el que se cuenta para la práctica de la prueba (art. 3) a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento (art. 287 LEC) y en el modelo anejo propuesto al Convenio. La urgencia se medirá por la legislación del Estado requerido y supongamos que no se establecen unos plazos fijos sino que debe tenerse en cuenta la circunstancias del caso, el trabajo acumulado del órgano ejecutor, etc. Practica la la prueba requerida conforme al criterio de "urgencia" y devuelta a los tribunales españoles, fuera de los plazos fijados en nuestra LEC (art. 555 y ss.) nos encontraríamos con la ineficacia de la prueba y, por tanto, la inutilidad de la cooperación salvo que considerásemos la posibilidad de que estos términos sólo deben considerarse en defecto de una norma convencional que establezca otra cosa.

último lugar, cómo debe actuar ante la petición de una prueba por comisarios. Interrogantes a los que se intentará dar respuesta más adelante.

Hechas estas consideraciones iniciales acerca de la eficacia del régimen autónomo de cooperación judicial internacional, conviene que expongamos, a continuación, algunos otros aspectos todavía generales del mismo.

B. El marco legal.

Nuestro régimen común de cooperación judicial internacional se enmarca en un conjunto de disposiciones ubicadas en la LOPJ (arts. 276 y ss), en la LEC (arts. 300, 555-556 y 600-601) y en el Cc (art. 8.2º) y que regulan tanto los aspectos activos de la cooperación como los pasivos. Si bien es comprobable que tras la LOPJ son estos últimos los que más se desarrollan frente a la situación anterior de cuasi vacío legislativo en que se hallaban los mismos⁴⁴, pues, con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPJ, la única previsión relativa a dicha cooperación pasiva era el art. 300, pfo. 4º de la LEC, limitado a las peticiones de cooperación provenientes de tribunales extranjeros a los que se les aplicaba, en defecto de regla específica, las normas de cooperación judicial activa.

⁴⁴ Véase en este sentido, V. HERNANDEZ DE LA RUA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, Madrid, 1856, p. 83; y B. PASTOR BORGONON, "El auxilio jurisdiccional internacional en materia penal y los trabajos del Consejo de Europa", *RGLJ*, 1980, p. 563.

Ténganse en cuenta, además, por ejemplo, las Reales Ordenes de 18 junio 1845 exhortos a Portugal directamente (*CdD*, T. 35, 1845, pp. 55 y ss.); de 21 enero 1853, aclarando el art. 34 del RD de 17 noviembre 1852 (*CL*, T. 58, p. 73.); de 12 febrero 1853 sobre exhortos al extranjero (*CL*, T. 58, p. 172); o de 5 diciembre 1862, dictando varias reglas con el fin de evitar el extravío y dilaciones en el despacho de exhortos y suplicatorios (*CL*, T. 88, p. 660).

Conviene, a efectos sistemáticos y de claridad expositiva, identificar las reglas que norman directamente cada una de las vertientes de la cooperación dentro del régimen autónomo, y, por ende, los trámites y requisitos generales en que se desenvuelven los actos de cooperación judicial internacional. Para ello nos referiremos, en primer lugar, a la cooperación activa, y, posteriormente, a la pasiva.

En cuanto a la primera, una vez que un órgano judicial español acuerda una práctica de prueba en el extranjero, presupuesta la admisibilidad de dicha prueba así como la concesión del término extraordinario (arts. 555 y 556 LEC), la actuación judicial a practicar en el extranjero sale del ámbito jurisdiccional del órgano español, a excepción del supuesto de prueba producida por funcionarios diplomáticos o consulares ante el demandado español con residencia en el extranjero (art. 300, pfo. 2º LEC). A partir de ese momento, la práctica de la prueba se transforma en una diligencia externa a nuestro ordenamiento hasta su devolución. En este momento, de nuevo, nuestro ordenamiento prevé normas específicas para integrar los resultados de aquella petición en el proceso pendiente ante nuestros tribunales (arts. 600-601 LEC y art. 8.2 Cc).

En segundo lugar, en relación con la cooperación pasiva, es decir, cuando la petición de cooperación proviene de un tribunal extranjero, el requisito inicial que debe concurrir es que la petición cursada sea homologable a un acto procesal interno, lo que algún autor ha considerado que equivale a una suerte de *exequatur* menor⁴⁵. Esta

⁴⁵ Esta proximidad ha conducido, en algunas ocasiones, a que jurisprudencia y doctrina hayan considerado pertinente la aplicación analógica de las reglas de *exequatur* para actos de cooperación judicial. Véase, entre otros, E. MONTERO RIOS, "¿Debe concederse en España el exequatur...", cit., pp. 5 y ss.

Ténganse en cuenta, además, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, cit, p.

equivalencia también puede encontrarse en la regulación de la LOPJ en forma de valoración hipotética de reconocimiento (art. 278.1, 1ª LOPJ).

En su vertiente activa el instrumento mediante el cual se materializa aquélla, que no es otro que el exhorto, en terminología de nuestra LEC. En el plano de las relaciones judiciales internacionales el instrumento equivalente al exhorto es, como se sabe, la comisión rogatoria⁴⁶.

El exhorto o la comisión rogatoria es "el instrumento en virtud del cual la autoridad judicial de un Estado solicita a la autoridad competente de otro Estado la ejecución, dentro del territorio de su jurisdicción, de

285; y J. VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de Enjuiciamiento, con sus correspondientes formularios*, T. III, Madrid, 1858, p. 691. Algunos intentaron matizar los efectos que esta aplicación podían desencadenar. Así, por ejemplo, E. BRAVO, *Derecho Internacional privado...*, cit., p. 126, entre otros. No puede, sin embargo, pensarse que se trata de algo superado, como lo demuestra, por ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 15 de diciembre de 1987, *REDI*, 1990-1, pp. 242-243.

No cabe admitir una aplicación analógica porque no existe la necesaria identidad de razón: mientras que las actuaciones de cooperación persiguen la protección de los derechos de defensa, a través del reequilibrio de posiciones y la corrección en la decisión, en el reconocimiento y ejecución de resoluciones, lo que se busca es la eficiencia del sistema, o si se quiere, la optimización del mismo, lo que repercute en la seguridad en el tráfico económico internacional. En este sentido, véase M. VIRGOS SORIANO, "Los efectos de las resoluciones judiciales extranjeras en España", en AA.VV., *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 1996, pp. 347-348. Si bien es cierto que, en ambos casos, se invoca la necesidad de la consecución de una "armonía internacional de resoluciones" no lo es menos que las condiciones y los requisitos para el acceso a la protección judicial deben partir de la diversa funcionalidad de ambas, en caso contrario, los resultados pueden resultar paradójicos.

⁴⁶ Véase la crítica contra el uso de este galicismo en N. ALCALA ZAMORA, "Exhorto", en *Cuestiones de terminología procesal*, UNAM, México, 1972, pp. 101 y ss.

Téngase en cuenta, no obstante, que el uso del término "comisión rogatoria" ha terminado por generalizarse e identificarse con las actuaciones relativas a la cooperación judicial internacional para diferenciarse las actuaciones de la cooperación judicial interna, encauzadas a través de los exhortos.

un determinado acto de instrucción o de otros actos procesales"⁴⁷. Su contenido aparece detallado en el art. 287 de la LEC, que es común tanto para el supuesto de un proceso interno (arts. 285 y 286 LEC) como para el supuesto de un proceso con elemento extranjero: sujetos, actuaciones cuya práctica se interesa, y término o plazo en el que deban practicarse aquéllas. El exhorto formulado en esta última clase de procesos deberán contener, además, la promesa de reciprocidad ⁴⁸. Pero sobre el contenido del exhorto volveremos, con más detenimiento, en el apartado siguiente.

Por último debemos referirnos a la cuestión del derecho aplicable a las diligencias judiciales ejecutadas por nuestros tribunales. La regla general, salvo norma convencional en otro sentido, será la aplicación de la *lex fori*. Para justificar esta regla se han utilizado dos tipos de argumentos. Así, el primero de ellos, abandonado tras la Reforma en 1974 del Título Preliminar del Código civil, consistía en clasificar estas actuaciones dentro del denominado "estatuto formal"⁴⁹. El segundo

⁴⁷ Así, J.C. FERNANDEZ ROZAS/S. SANCHEZ LORENZO, *Curso...*, cit., p. 653. Téngase en cuenta, además, J. ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1869, p. 671; y V. CORTES DOMINGUEZ, *Derecho procesal...*, cit., p. 93. En este último caso, sólo toma en consideración la vertiente de cooperación activa para perfilar la definición de las comisiones rogatorias.

⁴⁸ Esta condición procede de una fórmula de cortesía utilizada en las relaciones internacionales. Sin embargo, en alguna ocasión nuestro legislador se ha ocupado de normativizar su preceptiva incorporación a los exhortos. En este sentido, véase la Real Orden. de 25 noviembre 1852, encargando que los exhortos dirigidos a Autoridades extranjeras se inserte la cláusula ofreciendo reciprocidad para el cumplimiento en España de iguales cartas deprecatorias (CL, T. 57, p. 510).

No es equivalente, sin embargo, la referencia expresa a la reciprocidad del art. 300, *in fine*, LEC pues debe relacionarse con la interpretación del artículo y no con el contenido del exhorto. En este sentido, J.I. JIMENEZ HERNANDEZ, "Comentario art. 300 LEC", *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. I, dir. J.A. Albacar López, ed. Trivium, 1994, p. 1177.

⁴⁹ La admisión jurisprudencial de la tripartición estatutaria la encontramos en Sent. TS, de 6 de noviembre 1867 (JC, vol. XVI) recogida posteriormente por la Ley de Bases (base 2ª) de 11 de mayo de 1888, (GdM, 22 mayo 1888), así como,

argumento, por su parte, está basado en la naturaleza de derecho público de las normas procesales que descansa en lo que algún autor ha llamado, un tanto metafóricamente, la "irradiación corpuscular" de las normas constitucionales sobre estas últimas⁵⁰.

C. Régimen jurídico de la cooperación activa.

Nuestro régimen de cooperación activa se contiene en un conjunto de reglas repartidas entre la LOPJ (art. 276) y la LEC (art. 300). En la primera de aquellas normas se regula el conducto por el que se da cauce al exhorto hasta llegar al Ministerio de Justicia. Dicho Ministerio podrá, a su vez, cursar la petición directamente a las autoridades competentes

posteriormente en las Sents.TS, de 9 enero 1911 (JC, vol., CXX, núm. 8) y de 19 de diciembre de 1930 (RAJ, 1361).

También doctrinalmente, se asumió la consideración de las cuestiones procesales en el estatuto formal. En este sentido, véanse M. TORRES CAMPOS, *Principios...*, p. 212; J.R. de ORUE, *Manual...*, cit., pp. 312-313; M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, vol. I, T. I, *Introducción y fuentes*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1970, p. 549.

Con la reforma del Título Preliminar se intentó, conservar la regla *locus regit actum*, pero abandonando concepciones estatutarias. Así, ténganse en cuenta las "Modificaciones al anteproyecto articulado de la Comisión General de Codificación y justificación de las enmiendas redactadas por el Prof. Julio D. González Campos a petición del vocal de la Comisión Prof. D. Alberto Bercovitz R. Cano", inédito, p. 8. En este mismo sentido, J. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, T. I., *Introducción y parte general*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 60.

Alguno autores limitan la regla *locus regit actum* sólo a aquellos supuestos en los que sea necesario flexibilizar la regla absoluta de la *lex fori*. En este sentido, véase A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, T. II, Madrid, 1957, pp. 408-409; y A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1970, p. 426.

Por último, para la aplicación del derecho español a las diligencias procesales se utilizaba la regla del *auctor regit actum*. En este sentido, téngase en cuenta, M. de ANGULO RODRIGUEZ, "Comentario art. 8.2 Cc", en AA.VV., *Comentarios a la reforma del Título Preliminar del Código civil*, vol. I, Tecnos, 1977, p. 427; M. de ANGULO RODRIGUEZ, "Comentario art. 8.2 Cc", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, EDESA, Madrid, 1978, p. 134.

⁵⁰ En este sentido, M. HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑON, "Marginales al nuevo título preliminar del Código Civil", *REDA*, 1974, núm. 3, p. 378.

del Estado requerido en el supuesto de que exista tratado que así lo prevea⁵¹. No obstante, y por aplicación del art. 300, pfo. 1º de la LEC, el *iter* de la petición puede ser parcialmente distinto, variando el Departamento encargado de dar cauce a la misma, cuando se utilice la vía diplomática o consular, supuesto en el que corresponderá al Ministerio de Asuntos Exteriores cursar dicha petición⁵².

Parece claro que la tramitación descrita representa un largo peregrinaje⁵³ cuya duración debería, en nuestra opinión, tenerse en cuenta para, cuando menos, flexibilizar los términos de cómputo del *dies a quo* contenidos en el art. 561 de la LEC en relación con el término extraordinario. De otra manera, podrían producirse situaciones en que la larga tramitación de la petición agotase por sí misma dicho término, con la consiguiente imposibilidad de practicar la prueba.

⁵¹ En el Proyecto de Ley presentado a las Cortes se introducía la vía directa para la remisión de peticiones, procedente, probablemente, del ánimo de incorporar a la LEC las innovaciones convencionales, al igual que se introdujo una alusión a la petición de ejecución conforme a una forma especial, (BOCG, Serie A, núm. 30.I, de 7 junio 1983, apdo. 3). Referencias ambas que desaparecieron en el texto que se remitió al Senado.

Véase sobre la evolución de este artículo en la reforma, V. FAIREN GUILLEN, *La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Cívitas, Madrid, 1985, pp. 151-153.

⁵² Sin embargo, ha sido defendido por algunos autores que tras la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984, desaparece esta sucesión de instancias ministeriales, de tal manera que el juez que requiere de la práctica de un acto de cooperación en el extranjero podrá dirigirse directamente al Ministerio de Justicia o al de Asuntos Exteriores, según el cauce de transmisión elegido. En este sentido, L. MARTIN MINGARRO, "Los actos de comunicación ...", cit., p. 289.

No obstante, la posición anterior ignora que "el cauce de transmisión elegido" es necesariamente, en defecto de Tratado internacional, la vía diplomática o consular (arts. 276 LOPJ y 300 pfo. 1º LEC) y que el encargado de remitir la petición no será el Ministerio de Justicia sino el Ministerio de Asuntos Exteriores del que dependen aquellas vías.

⁵³ Peregrinaje no ajeno a nuestra tradición. Véase la Real Orden, de 5 diciembre 1862, citada. Esta complejidad en la transmisión lleva a la ineficacia y al desprestigio de los exhortos internacionales. En este sentido, V. CORTES DOMINGUEZ, *Derecho procesal...*, cit., p. 96.

El contenido del exhorto en el que se solicita la obtención de prueba en el extranjero es el mismo que para la solicitud de cooperación judicial interna (art. 287 LEC). En dicho exhorto se deben hacer constar, en primer lugar, los sujetos, esto es el juez exhortante y el exhortado. Dicha constancia se deberá hacer con la mayor precisión posible toda vez que va dirigida a una organización judicial extranjera⁵⁴. No está de más señalar que al ser el exhorto un instrumento para cooperación judicial interna la designación precisa del juez exhortado, cuando nos situamos en un proceso con elemento extranjero, puede ser de difícil cumplimiento. Por esta razón se acude a la solución técnica de la transmisión por los agentes diplomáticos o consulares, en el Estado requerido, los cuales se encargan, a su vez, de la remisión a la autoridad competente del Estado requerido, según las reglas de competencia y reparto de esta última⁵⁵ y en atención, asimismo, a ciertos elementos localizadores contenidos en la petición, tales como el domicilio del demandado, el domicilio de los testigos o la situación del bien objeto del peritaje o del registro (art. 557, 2º, 3º y 4º LEC).

En segundo lugar, el exhorto debe contener las actuaciones que se requieren, actuaciones que tradicionalmente, se circunscriben a las notificaciones (art. 300) y a las pruebas (art. 555 y ss. LEC)⁵⁶. No

⁵⁴ La necesidad de la remisión directa al encargado de la ejecución llevó a relaciones de las autoridades que debían recibir dichas peticiones, como la formulada por F.A. de ELIOZONDO, *Practica Universal forense de los tribunales de España y de las Indias*, T. VI, Madrid, 1794, p. 172.

⁵⁵ En este sentido, véanse la Real Orden, de 16 agosto 1852, en *Tratados de asistencia judicial*..., cit., p. 38; art. 34 del Real Decreto, de 17 noviembre 1852, fijando los derechos de extranjería en España, en *Textos y Materiales*, vol. I., *Textos y documentos*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1970, pp. 62 y ss.; y art. 1 de la Real Orden, de 12 febrero 1853 sobre exhortos al extranjero, citada.

⁵⁶ Véase, en este sentido, E. de FERRATER Y JANER, *Código*..., cit., p. 275, n.p.p. 1; y E. BRAVO, *Derecho internacional privado*..., cit., p. 128.

obstante, nada parece descartar, en nuestra opinión, la facultad de pedir la práctica de la prueba anticipada⁵⁷.

En tercer lugar, el exhorto debe contener el término o plazo para la ejecución de la petición. En el supuesto de la petición de práctica de prueba en el extranjero, deberán hacerse constar los plazos establecidos en la concesión del término extraordinario⁵⁸. En relación con este

⁵⁷ Por el contrario, resulta más complicado admitir, como integrantes de la cooperación judicial, las medidas cautelares que llevan aparejada una ejecución provisional, como por ejemplo, el embargo preventivo. Así, mientras que, en el ámbito interno, no parece plantearse ninguna duda, como observa J. ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, T. II, Madrid, 1874, p. 929, por el contrario, en el ámbito del Derecho internacional privado, la jurisprudencia recaída trata este problema sólo tangencialmente. En efecto, pueden verse la Sent. TS, de 5 julio 1875 (*JC*, vol. 32, núm. 275, pp. 370 y ss.), y el Auto TS (Sala 1ª) 11 marzo 1987, (*REDI*, 1989, pp. 292-293). En la doctrina, por su parte, a favor de esta inclusión, véase J.C. FERNANDEZ ROZAS, "La cooperación judicial...", cit., p. 85.

Sobre la inclusión del supuesto del art. 1400 LEC entre las disposiciones en materia de cooperación, véase J.C. FERNANDEZ ROZAS/S. SANCHEZ LORENZO, *Curso...*, cit., pp. 631 y ss.

También se plantean problemas en algunas parcelas específicas del Derecho internacional privado. Tal es el caso de determinadas actuaciones en el ámbito del secuestro internacional de menores y, en concreto, la adopción de medidas provisionales y su inclusión o no dentro de las actuaciones que constituyen la cooperación judicial internacional. Sobre tales medidas ténganse en cuenta los Autos TS, de 15 diciembre 1987, citado; y de 24 abril 1989 (*REDI*, 1990-1, pp. 246 y ss.). En contra de dicha inclusión, véase la Nota de A. BORRAS RODRIGUEZ, al citado Auto TS, de 24 abril 1989, *REDI*, 1990-1, pp. 246 y ss. Esta autora, señala que, en tales casos, no nos encontremos ante mera comisión rogatoria "sino que es precisa una decisión del juez...". Trasladado a las categorías que venimos utilizando en el presente trabajo, estaría ausente en tales casos el requisito de la neutralidad en el acto de cooperación.

⁵⁸ Véanse, como referencias históricas, las contenidas en CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles así ordinarios como extraordinarios*, Madrid, 1794, p. 97; y ASSO Y MANUEL, *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1806, p. 277.

El primer autor recoge la primera formulación de este término extraordinario y el cómputo de éste. En la segunda obra citada se establece cuál ha de ser la duración del término para la ejecución de la prueba en el extranjero. Si la prueba debe practicarse "aquende los puertos" el término será de 80 días; si se encuentra "allende los puertos", el término se extiende hasta los 120 días. Si a ello se añade que la prueba requerida sea la testifical el término podrá alcanzar los 6 meses si bien "el término se puede alargar y abreviar por el Juez, según las circunstancias...").

extremo del contenido del exhorto no nos parece de más hacer una breve observación. En efecto, no nos deja de sorprender el hecho de que cada reforma de la LEC haya ido acompañada de un recorte de los términos extraordinarios para evitar que se convirtiesen en un arma procesal de demora y obstaculización del proceso. Esta inclinación, sin embargo, cambiará en la última modificación de la LEC de 1992, donde se alargan, de nuevo, los plazos, lo que pondría de manifiesto, a nuestro juicio, la falta de claridad de los objetivos que debe cumplir y de la extensión que debe tener⁵⁹.

Por último, y a pesar de no exigirse en el texto de la norma, la práctica ha consolidado la constancia de otros contenidos, a saber: una breve reseña del pleito, la transcripción de los escritos y de la providencia de la solicitud y, si se trataba de la notificación de la demanda, además de lo anterior, copia y cédula de emplazamiento⁶⁰, así como, tradicionalmente, la cláusula de reciprocidad⁶¹, en el caso de los remitidos al extranjero.

⁵⁹ Sobre las razones que impulsaron al legislador la inversión de tendencia reduccionista en el término extraordinario, véase J. DAMIAN MORENO, "La reforma Procesal Civil", en J. DAMIAN *et al.*, *La reforma del proceso civil, penal y administrativo de 1992*, ed. Colex, 1992, p. 30.

⁶⁰ En este sentido, J.M. MANRESA NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1881, p. 572.

⁶¹ Véase la Real Orden de 25 noviembre, citada.

A pesar de que puedan plantearse dudas sobre si en la actualidad también debe incluirse esta cláusula, nuestra posición al respecto es afirmativa, posición que se sustenta en la aplicación del art. 278. 1º LOPJ. En efecto, si dicha cláusula de reciprocidad debe constar en la solicitud a nuestros tribunales y las reglas de cooperación pasiva se aplican en lo no regulado específicamente a las de cooperación activa, entonces también nuestras peticiones de cooperación deberán contener o bien la existencia de reciprocidad o bien el ofrecimiento de la misma.

Otra hubiese sido la solución de haberse convertido finalmente en ley algún proyecto normativo que trataba de regular, en un todo, la cooperación judicial internacional. Nos referimos al Anteproyecto de Ley orgánica para la cooperación jurídica internacional, de 5 de junio 1989, elaborado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (documento mecanografiado inédito) (art. 11.5º).

a) **La interpretación jurisprudencial.**

La visión de la cooperación judicial internacional en su vertiente activa hasta aquí desarrollada, a partir de los datos jurídico-positivos no quedaría completa, sin embargo, sin pasar revista a los resultados de la labor jurisprudencial recaída en aplicación de las normas analizadas. Dicha labor jurisprudencial, que no ha estado ciertamente exenta de polémica, ha desarrollado⁶², y en algunos casos creado, las directrices que deben regir esta vertiente de la cooperación, y lo ha hecho desde una interpretación restrictiva difícilmente compatible, en ocasiones, con el derecho a un proceso con todas las garantías. En este sentido, cabe aludir a dos ejemplos ilustrativos de lo que decimos. Así, en primer lugar, el Tribunal Supremo ha señalado que si el exhorto no se ejecuta o si se hace fuera del término extraordinario, aunque sea por causa ajena a la voluntad del peticionario, no se permite una nueva petición en segunda instancia⁶³, ni se considera validamente practicada por incumplimiento de los plazos procesales⁶⁴. En segundo lugar, se ha exigido la petición

⁶² La aplicación de la *lex fori* a las cuestiones procesales hasta la reforma del Título Preliminar del Código civil, se apoyaba en la calificación jurisprudencial como de estatuto formal de aquéllas. En este sentido, véanse las Sents.TS 9 enero 1911 y de 19 de diciembre de 1930, ya citadas.

Tras la reforma de 1974, el apoyo de la *lex fori* como aplicable en estos supuesto ya no descansa en razones "formales" sino como "irradicación corpuscular" de las normas constitucionales sobre las procesales. Así, M. HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑON, "Marginales...", cit., p. 378.

⁶³ Véase Sent. TS (Sala 1ª), de 2 marzo 1974 (RAJ, 927).

⁶⁴ Incluso cuando no hay negligencia, pero se produce un retraso, no en la ejecución sino en la devolución el resultado es la ineficacia. En este sentido Sent. AT Barcelona, de 20 enero 1984 (*Justicia* '85, núm. 3, pp. 698-699).

Una solución podría ser la apuntada por Auto del Tribunal de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal), de 26 septiembre 1994 (*AC Audiencias*, 1995-4, núm. 277, Razonamiento jurídico 1º).

Otra posible vía de solución podría ser la apuntada por la Sent. TS (Sala 2ª), de 15 septiembre 1994 (*RGD*, núm. 604-5, pp. 432 y ss.).

cumulativa del término extraordinario de prueba⁶⁵ y del exhorto para dar traslado de la petición de ejecución de la diligencia judicial de prueba en el extranjero⁶⁶, opción que como señalamos más arriba carecería de apoyo legislativo.

La solución dada por el Tribunal Supremo en los dos ejemplos expuestos entra en colisión, desde nuestro punto de vista, con la exigencias que se derivan de la Constitución. Comenzando por la segunda, la exigencia de la petición de término extraordinario *ex parte* (art. 557 LEC) y sumada a ella la petición expresa de una comisión rogatoria, ya señalamos que cabe apreciarse un exceso de rigor formal por parte del Tribunal Supremo en relación con el principio dispositivo⁶⁷. Lo que es susceptible de afectar al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE⁶⁸).

Por lo que respecta a la primera, tampoco nos parece que sea favorable al ejercicio del derecho constitucional la forma de computar el término extraordinario contenida en el art. 561 de la LEC, especialmente cuando la petición tiene que recorrer un *iter* judicial y/o administrativo complejo y lleno de escollos, tanto en la remisión como en la devolución, a lo que debe añadirse el tiempo que se tome la autoridad extranjera en

⁶⁵ Pues si se tratase de una notificación parece que la regla para determinar el plazo habrá de ser la contenida en el art. 526 de la LEC, es decir, 9 días (art. 525) más un día por cada 30 kilómetros, como expresamente se reconocía en el art. 230 de la LEC de 1855. En el mismo sentido, véase J.M. MANRESA NAVARRO, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, ed. Revista de Legislación, Madrid, 1856, T. II, p. 90.

⁶⁶ Sents. TS (Sala 1ª), de 18 enero 1879 y de 5 diciembre 1978, citadas, así como la "Nota" a esta última de J.D.GONZALEZ CAMPOS.

⁶⁷ Véase la n.p.p. núm. 30 del presente Capítulo.

⁶⁸ Sobre este derecho, véanse las consideraciones hechas en el apartado II. 1 del presente Capítulo.

ejecutarlo⁶⁹.

En realidad, este ejemplo nos sitúa ante una cuestión clave en esta materia, que no es otra que la búsqueda de un equilibrio entre el derecho a la prueba y la posible flexibilidad que puede requerir en el cómputo de los plazos para su práctica y aportación y el derecho de la contraparte a un proceso sin dilaciones indebidas, lo que exige el respeto escrupuloso de dichos plazos⁷⁰. Si se considera la complejidad en la transmisión de la petición de cooperación, motivada por la lentitud en el tránsito por las diferentes instancias, así como por la falta de medios técnicos que agilicen aquélla, junto con la rigidez del cómputo del término extraordinario, el resultado al que se puede llegar es que, en la mayor parte de los casos, la prueba así obtenida será ignorada puesto que la misma se devolverá transcurrido el término extraordinario⁷¹. Y la consecuencia de todo ello, en última instancia, no puede ser otra que la inoperancia del régimen autónomo de cooperación.

b) El término extraordinario y sus problemas.

La falta de efectos de una prueba ya practicada, como consecuencia de la superación del término extraordinario sin que ello sea imputable al peticionario, equivale, *de facto*, a la exclusión de dicha prueba. Ahora bien, la exclusión de una prueba tan sólo puede fundamentarse en las causas legalmente tasadas. Dichas causas podrán

⁶⁹ Recuérdese la Sent. TS, de 2 marzo 1974, citada.

⁷⁰ Véase, entre otras, la Sent. AP Avila, de 8 de febrero de 1995, *RGD*, 1996, PP. 12640-12641. En ésta se recuerda que "... los plazos otorgados a las partes para la realización de actos procesales, no tienen por destinatario exclusivo el sujeto procesal directamente concernido, sino también a la otra parte" (F.j. 4º).

⁷¹ Así, V. CORTES DOMINGUEZ, *Derecho procesal...*, cit., p. 96.

ser, en primer lugar, la falta de aptitud de la prueba para formar la convicción del juez. En otras palabras, su falta de incidencia en el objeto del litigio, o *thema decidendi*. En segundo lugar, la exclusión de la prueba podrá fundarse en la escasa influencia de ésta en la decisión judicial, por existir otras pruebas ya practicadas que permiten al juez alcanzar la convicción sobre el extremo que pretende demostrarse, lo que hace, por tanto, inútil la práctica de la prueba concreta, lo que evita dilaciones indebidas⁷².

Cabe pensar en otra clase de supuestos distintos al hasta aquí considerado, supuestos que reforzarían la necesidad de observar flexiblemente el cumplimiento del término extraordinario. Se trataría de aquellos casos en los cuales la prueba, si bien se practica dentro del término extraordinario, sin embargo, el exhorto se devuelve transcurrido dicho término. En tales casos, la pregunta que debemos hacernos es la de si es admisible concluir en la total inoperancia de la prueba ya practicada.

A tal respecto, debería tenerse en cuenta, en primer lugar, que el principio de no formalismo en la interpretación no es aplicable a los plazos procesales⁷³. Pero en una materia como la de los términos extraordinarios esta apreciación no deja de ser insatisfactoria, sobre todo en el supuesto no de la ejecución de la petición sino de la devolución a nuestros tribunales. Así, entendemos que si la prueba se hubiere practicado pero la complejidad de los trámites de la cooperación

⁷² En relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, véase E. GARCIA PONS, "Contenido esencial del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebida", *RGD*, 1996, pp. 12905 y ss.

⁷³ Así, véase la Sent. TC 117/86, de 13 octubre (*BOE*, 22 octubre, F.j. 2º). En el mismo sentido, véanse las Sents. TC 247/88 (F.j. 3º); y 1/92, (F.j. 4º), citadas.

impidiese que el exhorto cumplimentado desplegara plenos efectos, debería matizarse que no se aplique la interpretación no-formalista de los plazos procesales. En efecto, para fundar esa matización cabría distinguir entre práctica de la prueba, por un lado, y aportación, por otro. Según esta distinción, y aunque se considere que la práctica debe realizarse en todo caso dentro del término extraordinario, a pesar de lo que ya hemos argumentado anteriormente sobre las consecuencias de la rigidez en el cómputo de dicho término, la aportación sí cabrá entender que "puede efectuarse hasta la Providencia que cierra el proceso para las partes: el de citación para sentencia o equivalente"⁷⁴.

Lo que parece deducirse de las consideraciones anteriores, nos conduce a la necesaria reflexión sobre la determinación de cuál debe ser el término extraordinario. Parece evidente, a nuestro juicio, que el legislador, en su afán por evitar que el término extraordinario se convirtiese en un instrumento en poder de alguna parte procesal poco escrupulosa que pudiese utilizarlo, ha olvidado otras consideraciones que no sean la de desincentivar su utilización a través del acortamiento de los plazos⁷⁵.

Establecer plazos fijos y cerrados no parece, sin embargo, ser el método más apropiado para equilibrar los derechos a la prueba pertinente

⁷⁴ Véase Auto Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 septiembre 1994, cit. *supra* (Razonamiento jurídico 1º).

⁷⁵ Como se puso de manifiesto desde nuestro texto codificado sobre procedimiento civil. La LEC de 1855 contiene dos reglas sobre determinación del tiempo cuando debe ejecutarse una diligencia judicial en el extranjero: la primera, general, contenida en el art. 230, pfo 2º dejaba su concreción al arbitrio del juez. La segunda, contenida en el art. 264 fija períodos de tiempo (entre 4 meses y un año) según el lugar donde deba practica se aquélla.

Téngase cuenta, además, P. GOMEZ DE LA SERNA. *Motivos...*, cit., pp. 15 y 72.

y útil para su defensa y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, puesto que primaría claramente este último sobre aquél. La alternativa al método elegido por el legislador podría ser el establecimiento de una serie de criterios legales que deberían ser valorados judicialmente a fin de determinar un término concreto para un proceso concreto. Así, podría tenerse en cuenta la complejidad del litigio, la duración normal de ese tipo de procesos, la actuación del órgano judicial, la conducta del recurrente, su deber de diligencia y su colaboración con Administración de Justicia, entre otras circunstancias⁷⁶. Los criterios propuestos han sido utilizados para determinar cuándo se desarrolla un proceso en un plazo razonable. Estos mismos criterios podrían, a nuestro juicio, servir de guía para establecer cuál es el plazo razonable para la práctica de una prueba en el extranjero⁷⁷.

⁷⁶ Véase la Sent. TC 144/95, de 3 octubre (BOE, 10 noviembre, F.j. 2º).

La tendencia a no establecer términos fijos para la práctica de la prueba en el extranjero o a establecer fórmulas de convalidación de la ya obtenida cuando de otro modo se privaría de un medio de prueba central se ha recogido en el NCPC francés (art. 134); en la ZPO (pfo. 364), en la que se establecen, además, soluciones para la convalidación de pruebas centrales en el proceso (pfo. 364.3) y en el NCPC italiano (arts. 203 y 208).

En el caso del procedimiento italiano, la jurisprudencia ha sido el elemento desencadenante de la admisión de pruebas ejecutadas fuera del término otorgado cuando no medie negligencia del peticionario. Véanse, en este sentido, las Sent. de la Corte di cassazione de 19 octubre 1966, núm. 2553, en el asunto Merli c. Draxter (*Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, pp. 366 y ss.); y la Sent. de la Corte di Appello de Turín, de 1 julio 1969, en el asunto Acker v. Streri, (*Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 138).

En la primera, se anula una sentencia en la que se dictaba la nulidad de una prueba practicada fuera del término extraordinario pues las autoridades alemanas no comunicaron la existencia de retrasos, lo que imposibilita la petición de la ampliación del término para la práctica de la prueba. En la segunda sentencia, se declara la nulidad de la prueba ejecutada fuera del término extraordinario, salvo cabe su convalidación siempre y cuando sea válida conforme a la *lex fori* del Estado requerido.

⁷⁷ Esta misma solución podría ser trasladable a nuestro ordenamiento para actos procesales distintos de la notificación cuyo incumplimiento no cuestione la firmeza de la resolución ni provoque una dilación injustificada. En este sentido, véase V. GIMENO SENDRA, "Modificaciones concretas tendentes a agilizar y a aumentar la eficacia del proceso civil", en AA.VV., *Jornadas sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil*, CGPJ, Madrid, 1985, p. 244.

Por último, ya para terminar este apartado, debe hacerse la observación de que tras la devolución de la comisión rogatoria, la valoración de lo obtenido no reviste especialidad alguna, ya que está sometido a los mismos criterios de valoración que la prueba interna. Cuestión distinta son los requisitos que deben concurrir para que el exhorto cumplimentado tenga pleno valor para el juez español (arts. 8.2º Cc y 600-601 LEC).

D. Régimen jurídico de la cooperación pasiva⁷⁸.

La LOPJ constituye el núcleo común de las reglas de cooperación que engloba, todas las actuaciones de cooperación judicial⁷⁹ que puedan plantearse en todos los órdenes jurisdiccionales⁸⁰, circunstancia con la

⁷⁸ Hasta la vigente LOPJ, nuestro régimen de cooperación pasiva tiene un marcado carácter aluvional ya que se forma a partir de disposiciones nacidas de la resolución de supuestos concretos y que terminan convirtiéndose en reglas generales y aquéllas que nacen como actos de retorsión frente a un Estado concreto. En este sentido, véase A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, cit., p. 49.

Buena muestra de normas generales que se elaboran a partir de un problema concreto son las Reales Ordenes, de 24 abril 1862, sobre el pago por Argentina de las comisiones rogatorias (CL, T. 87, p. 361); de 30 noviembre 1881, legalización de exhortos con Portugal (GdM, 10 diciembre) o la Circular, de 14 noviembre 1853, reglas acerca de la expedición de exhortos para las Autoridades de Inglaterra (CL, T. 60, p. 378), entre otras.

⁷⁹ Incluido el *exequatur* lo que significaría un cambio en la valoración régimen Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que debería interpretarse en las claves de la Ley orgánica del Poder Judicial. En este sentido, J. M. ESPINAR VICENTE, *Curso de Derecho internacional privado español. Derecho Procesal Civil Internacional*, Und. de Alcalá de Henares, Madrid, 1993, p. 183.

Admitir esta interpretación supondría, por ejemplo, que no sería necesaria la firmeza de la resolución para ser ejecutable en España, ya que no es exigido por la Ley orgánica del Poder Judicial que funciona como *lex superior* y, además, como *lex posterior*.

⁸⁰ En la práctica queda reducido lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues no debe olvidarse que la primera funciona como derecho supletorio en defecto de normas específicas para la cooperación. Así, por ejemplo, en el orden jurisdiccional social la Ley de Procedimiento Laboral. Real Decreto Legislativo, 2/95, de 7 abril (BOE, 11 abril;

que debe contarse para interpretar las condiciones que se establecen en la LOPJ y que, en ocasiones, puede plantear problemas por abrir una suerte de tercera vía para las resoluciones no definitivas que deban producir efectos judicialmente controlados en España⁸¹.

En la tramitación de la LOPJ dos fueron las críticas sobre las condiciones impuestas para la prestación de la cooperación judicial internacional: la formulación de las condiciones en negativo⁸² y su

corr. err., 26 mayo; Disposición Adicional 1ª). Véase, además, la Sent. TS (Sala 6ª), de 24 julio 1990 (RAJ, 6460) en que se nos recuerda que en el supuesto de la notificación al extranjero deberán aplicarse los arts. 300 LEC y 276 LOPJ y no las disposiciones propias (art. 32 del texto refundido de la LPL de 1990 y arts. 53 y ss. del texto de 1995).

Hasta la reforma de 1984 las reglas de ambos textos eran idénticas, por la influencia que ejerció sobre la codificación procesal civil, la más temprana. Tras aquella reforma, las normas sobre cooperación judicial internacional de la Ley de Enjuiciamiento civil se modifican para "ajustarlas" a exigencias convencionales, mientras que las de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permanecen en su redacción original (arts. 193 y 194 LECr).

En la interpretación de los supuestos asumibles por la cooperación judicial internacional en materia penal se introducen figuras que le son propias como la extradición, acto tipificado como de cooperación judicial internacional en materia penal, aunque no sea pacífica esta calificación. Sobre la inclusión de la extradición en los actos de cooperación judicial internacional, véanse la "Exposición de Motivos de la Ley de extradición pasiva", de 21 marzo de 1985 (BOE, 26 marzo; corr. err., 15 abril); B. PASTOR BORGONON, *Aspectos procesales de la extradición en el derecho español*, ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 154; y, B. PASTOR BORGONON, "El auxilio...", cit., p. 594, n.p.p 32. En contra de esa inclusión, véase G. RODRIGUEZ MOURULLO, "La extradición" en *Derecho Penal. Parte General*, ed. Cívitas, Madrid, 1981, pp. 167 y ss.

⁸¹ En conexión con esta tercera vía de reconocimiento, se ha intentado dar cauce a través de las disposiciones de la LOPJ de las peticiones para la devolución del menor en el supuesto de secuestro internacional de menores. Así, los Autos TS (Sala 1ª), de 11 marzo 1987 y de 4 abril 1989, ambos citados, así como las Notas a los mismos, respectivamente de D.P. FERNANDEZ ARROYO y A. BORRAS RODRIGUEZ, citadas anteriormente.

El planteamiento de esta última posibilidad olvida un dato importante, ya que no tiene en cuenta que no basta con la práctica de una diligencia procesal requerida por un juez extranjero al juez español sino que éste deberá adoptar una decisión sobre el fondo, supuesto que hemos excluido del objeto de la cooperación judicial por carecer de neutralidad.

⁸² Véase "Nota", cit., p. 5.

excesiva severidad. La principal objeción que se formulaba es que crearían un clima poco propicio para la cooperación pues dificultaban la posibilidad de crear relaciones de reciprocidad que impulsasen aquélla⁸³. Sin embargo, esta severidad debe matizarse si entendemos la variedad de los actos de cooperación judicial internacional que pueden incluirse en los arts. 276 y ss. de la LOPJ. A diferencia de los Convenios internacionales en los que el ámbito material se reduce a la materia civil y mercantil o el objeto se limita a la notificación o a la obtención de prueba, la LOPJ incluye además, los actos de cooperación que pueden darse en el campo penal, mucho más amplios que la prueba o la notificación. Evidentemente, la severidad de las condiciones debe interpretarse de acuerdo con cada una de estas realidades.

Para que una petición de práctica de prueba proveniente del extranjero sea ejecutada por los tribunales españoles se requiere, en primer lugar, que ésta sea admisible y, en segundo lugar, que sea ejecutable. Para que se dé este primer requisito es necesario que se haya recibido por los cauces oportunos, que exista reciprocidad o que sea ofrecida (art. 278.1 LOPJ) y que cumpla ciertos requisitos formales (legalización y traducción) (art. 278, 1.3º). Si no se cumplen estos requisitos, la autoridad judicial española la devolverá sin haber entrado en el fondo de la petición; y para que sea ejecutable, la prueba no deberá centrarse sobre alguna de las competencias exclusivas de los tribunales españoles (arts. 278.1. 1º y 22.1 LOPJ), deberá practicarse dentro de las atribuciones de nuestros órganos judiciales (art. 278.1.2º LOPJ) y, por último, la práctica no deberá ser contraria a nuestro Orden Público (art. 278.1.4º LOPJ).

⁸³ Véanse las "Observaciones al anteproyecto de Ley orgánica del Poder Judicial" que el Ministerio de Asuntos Exteriores remitió al Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, en "Nota...", cit., p. 6.

En último lugar, cabe plantearse la cuestión de quién controla el cumplimiento de estas condiciones. Hemos de tener en cuenta que en las actuaciones de cooperación están presente, además de los intereses de los particulares y del interés público de administrar justicia, la influencia que aquéllas puedan tener en la política exterior diseñada por el Gobierno y, por ello, es comprensible la intervención del mismo en la tramitación de aquéllas. Esto supone, por una parte, un control político por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores, el cual aplica la política del ejecutivo sobre relaciones internacionales⁸⁴, lo que supone la incorporación de un elemento de discrecionalidad que afecta a la efectividad de los postulados del art. 24 de la CE y, por otra parte, un control formal por el Ministerio de Justicia, el cual realiza un primer control de ajuste a las condiciones formales exigida por nuestro régimen de cooperación para que cuando la petición acceda al juez ésta tenga la apariencia de estar ajustada a derecho⁸⁵. Esa actividad administrativa, sin embargo, en

⁸⁴ El control de la actividad exterior al considerar que la ejecución de actos extranjeros o la petición de ejecución en el extranjero constituye una subespecie de las relaciones internacionales. En este sentido, véase, por ejemplo, M. CAPELLETTI Y J.M. PERILLO, *Civil procedure in Italy*, cit., p. 396, donde la asistencia aparece como una ayuda entre Estados. O entre los autores españoles E. DIEZ-MORERA, *El concepto de territorialidad en el derecho procesal*, ed. Bosch, Barcelona, 1945, p. 11; y B. PASTOR BORGONON, *Aspectos procesales...*, cit., p. 140.

Compárese, desde la perspectiva histórica de nuestro régimen de cooperación con, entre otras, la Real Orden de 1 diciembre 1840 (en M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario ilustrado de la Administración española*, Madrid, T. IV (4ª ed), p. 993); Real Orden de 21 enero 1853, aclarando el art. 34 del RD de 17 noviembre, cit. *supra*; y Orden de 21 de julio de 1873, sobre tramitación de exhortos al extranjero (*GdM*, 26 julio).

⁸⁵ Téngase en cuenta la similitud entre esta labor y la que realiza este Ministerio en el supuesto de las peticiones de extradición en la que realiza una labor de asesoramiento y comprobación pero no decisoria. En este sentido, B. PASTOR BORGONON, *Aspectos procesales...*, cit., p. 96.

Algo similar ocurre en el Convenio de La Haya de 1970 en relación al control que realiza la Autoridad Central (art. 5) para el ajuste a las prescripciones del Convenio como condición de admisibilidad que, en ningún caso, excluye la inejecución por existir alguna de las circunstancias del art. 12. Véase Ph. W. AMRAM, "Rapport Explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 207.

ambos casos, está sujeta al control jurisdiccional⁸⁶. Y, por último, existe un control judicial con el fin de valorar la concurrencia del resto de las condiciones establecidas por la LOPJ y la LEC.

Mientras esto ocurre en nuestro régimen autónomo, en el Convenio de La Haya de 1970 se establece la necesidad de comunicar si se ha detectado algún error o carencia en la petición (art. 5), de modo que pueda subsanarse con tiempo y se evite a las partes el perjuicio que supondría la no comunicación y la devolución de la petición cuando se ha creado una apariencia de ejecutabilidad. Nada establece, sin embargo, nuestra LOPJ sobre la comunicación del Ministerio de Justicia para que las autoridades o las partes en el Estado de origen de la petición puedan subsanar, si ello es posible, el defecto detectado.

No obstante, la exigibilidad de la comunicación tiene su base en la Ley de Procedimiento Administrativo, la cual impone la obligación de notificar a los interesados aquellos actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses (art. 79.1) a través de cualquier medio que permita tener constancia de la recepción (art. 80.1), así como de la comunicación de este acto a alguna autoridad que deba tener conocimiento de la comunicación (art. 79.3). Si no existiese esta regla expresa, debería integrarse la laguna para llegar a la misma solución pues, de otro modo carecería de sentido la intervención del Ministerio de Justicia en este control previo si no sirviese para subsanar los vicios detectados antes del acceso al órgano judicial, pues, además, el peticionario extranjero, por la ausencia de comunicación, vería entorpecida la defensa de sus derechos e intereses, lo que, a su vez, produciría la ruptura del equilibrio

⁸⁶ Así, art. 106.1º CE. Sobre repercusión de la actuación administrativa en la tutela judicial efectiva, véase, Sent. TC 294/94, de 7 noviembre (BOE, 14 diciembre, F.j. 3º).

de las armas procesales de las partes⁸⁷.

Para dar curso a la práctica de una prueba proveniente de un órgano judicial extranjero, se verificará la concurrencia de unas ciertas condiciones para la admisibilidad de la petición de cooperación, como paso previo a la práctica de la prueba requerida. Así, las condiciones que nuestro ordenamiento establece para la admisibilidad de la petición de cooperación son: la petición por una autoridad judicial extranjera en el ejercicio de su función jurisdiccional; que se sigan unos ciertos cauces para su transmisión; la existencia de reciprocidad y, por último, la existencia de ciertos requisitos formales como son la traducción y la legalización. Por otra parte, para que sea posible la práctica de la prueba, han de concurrir, además, los requisitos establecidos por el art. 278 de la LOPJ, a los que nos referimos con mayor detenimiento en un momento ulterior.

a) Requisitos de admisibilidad.

En primer lugar, para que sea admisible una petición de cooperación judicial internacional, con independencia de la naturaleza de la cuestión que se plantee, aquélla deberá provenir de una "autoridad judicial extranjera" en el desempeño de su función jurisdiccional (art. 277

⁸⁷ Recordemos que el Tribunal Europeo de Derecho Humanos admite la posibilidad de limitar el acceso al proceso con todas las garantías, competencia que pertenece a los tribunales y, en parte, al legislador por lo que un órgano gubernativo no puede restringir el ejercicio del derecho a un proceso con todas las garantías. En este sentido, téngase en cuenta la Sent. del TEDH, de 21 febrero 1975, en el asunto Golder, *Boletín Jurisprudencia Constitucional. Recopilación*, Cortes Generales, Madrid, 1981, pp. 259 y ss.

En el mismo sentido, véanse las Sents TC 101/89, cit. (F.j. 4º); 33/92, de 18 marzo (BOE, 10 abril); 32/95, de 6 febrero (BOE, 10 marzo, F. j. 1º); 42/95, de 13 febrero (BOE, 18 marzo, F.j. 2º), entre otras. Y sobre la competencia para limitar los derechos fundamentales, véanse las Sents. TC de 26 enero 1981 (BOE, 24 febrero, F.j. 11º) y 149/95, de 28 septiembre, (BOE, 14 octubre, F.j. 6º).

LOPJ), es decir, quedan excluidas de esta vía las que provengan de autoridades no judiciales que realicen funciones cuasijurisdiccionales, como ocurriría, por ejemplo, con algunas de las Agencias estadounidenses⁸⁸.

En segundo lugar, se requiere que se hayan utilizado las vías apropiadas para su transmisión, requisito que si bien no está expresamente regulado encuentra acomodo en el art. 300 pfo. 3º de la LEC, que perfila la vía diplomática, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores. Lo cual se completaría con el cauce dentro de la organización judicial establecido en el art. 276 de la LOPJ, excepto que por un Tratado internacional se admita la transmisión directa. Exclusión que se justifica porque en este caso no se exigirá la necesidad de que el Ministerio de Justicia informe sobre la existencia de reciprocidad o propuesta por parte del Estado de origen (o Estado requirente). ¿Qué ocurre si el Estado de origen de la petición transmite conforme a sus reglas procedimentales la petición de cooperación (art. 8.2º Cc), que prevén la vía directa? ¿debe rechazarse de plano la petición por defecto de forma y hacerse saber a las autoridades del Estado requirente cuáles son nuestras reglas de transmisión? ¿caben otras alternativas?.

El uso de los cauces preestablecidos para la transmisión no sólo

⁸⁸ Como ocurre, por ejemplo con la Securities Exchange Commission (S.E.C.), la Federal Maritime Comision (F.M.C.), la Civil Aeronautics Board (C.A.B.) o la Federal Trade Commission (F.T.C.). Véase, además, J.V. GONZALEZ GARCIA, *El alcance del control judicial de los Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, ed. McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 1-19.

También se tomó en consideración la posibilidad de extender el Convenio de La Haya de 1970 a las actuaciones de las "agencias" tendentes a la obtención de prueba en el extranjero, si bien, con posterioridad quedaba este supuesto excluido del Convenio al exigir éste la naturaleza judicial del órgano peticionario. En este sentido, Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 210.

es importante para el control de la autenticidad de la petición⁸⁹ o de su regulación conforme a la *lex fori* del Estado requirente sino que también sirve para que las autoridades del Estado requerido puedan valorar las circunstancias de la cooperación en el caso concreto. Circunstancias que, en nuestro caso, consisten en la concurrencia o no del requisito central de la existencia de reciprocidad o de su ofrecimiento. Distinto es el caso de que por utilizar la vía directa se haya remitido a una autoridad judicial incompetente.

Transmitida la petición de cooperación, sean cuales fueren los cauces utilizados, el paso siguiente es acreditar la existencia de reciprocidad⁹⁰, por el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, o de su ofrecimiento por la autoridad judicial extranjera, que se constituye como requisito básico para abrir las puertas de la cooperación judicial

⁸⁹ La legalización se efectúa mediante una "testificación en cadena", en una cadena larga y costosa de certificaciones sucesivas. Véase, en este sentido, G.A.L. DROZ, "Regards sur le droit international privé. Cours Générale de droit international privé", *R. des C.*, vol. 229, 1991, p. 408.

En el caso español, un extremo de la cadena se encontraría en el Estado de origen y, en el otro, el Ministerio de Asuntos Exteriores español. Tradicionalmente no ha resultado pacífica la inclusión del Ministerio de Justicia en esta cadena. En este sentido, véanse, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, cit., p. 289 y n.p.p. 57; y J.M. MANRESA NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, T.III, ed. Reus, 1955, pp. 465 y 472. Este último cita la Sent. TS, de 7 diciembre 1894, según la cual no resta eficacia a la petición de cooperación la falta de legalización por el Ministerio de Justicia.

⁹⁰ Pese al intento de interpretación "más favorable" de la reciprocidad, no cabe ninguna duda que la negra historia que le acompaña, el entorpecimiento de la cooperación y su conflictiva relación con el principio de seguridad jurídica, por no citar algunas consideraciones sobre su posible inconstitucionalidad, hacía más que recomendable su desaparición. Los trabajos de elaboración de la LOPJ, tal vez por la inevitable influencia de la historia, nos demuestran que nunca se excluyó, sólo se varió su posición: de condición independiente, como el resto, pasó a ser una especie de condición básica de cooperación, sin que exista explicación conocida: nadie se dio cuenta de esta variación porque los debates y los parlamentarios estaban más centrados en cuestiones de índole política que en matices de Derecho internacional privado, aunque ello supusiese un escollo para quien intenta explicar lo inexplicable.

internacional (art. 278.1 LOPJ⁹¹), a diferencia de lo que ocurre en la LEC, en la que la reciprocidad es un mero criterio de interpretación (art. 300 LEC, *in fine*⁹²).

Según el tenor literal de la norma, la reciprocidad aquí no debe ser necesariamente alegada por la parte, como ocurre en el régimen de *exequatur*⁹³ (arts. 952-953 LEC) -si bien es cierto que la parte interesada en la práctica de la prueba, en ausencia de Convenio, intentará invocar la existencia de la reciprocidad- ni tampoco debe ser controlada por el juez que debería ejecutar la prueba. Ello, sin embargo, no significa la ausencia de control de la actividad administrativa desarrollada para demostrar la ausencia o no de la reciprocidad⁹⁴, sino que es el Ministerio de Justicia el encargado de su probanza (art. 278.2 LOPJ⁹⁵).

⁹¹ En un caso concreto de cooperación judicial internacional, en materia penal, cuando España es el Estado requirente, el Ministerio de Justicia debe comprobar si existe reciprocidad con el Estado requerido. Si no existe aquélla, caben dos opciones: o comprobar, en primer lugar, que la petición cumple con los requisitos exigidos por la legislación del Estado requerido a la que previamente habrá tenido que acceder; o bien, en segundo lugar, proponer al Consejo de Ministros el ofrecimiento de reciprocidad al Estado requerido. Sobre los problema que plantea la reciprocidad en materia de cooperación judicial internacional en materia penal, véase B. PASTOR BORGOÑON, *Aspectos procesales...*, cit, p. 97.

⁹² Véanse, en este sentido, B. PASTOR BORGOÑON, *Aspectos procesales...*, cit, p. 154; y, J.I. JIMENEZ HERNANDEZ, "Comentario art. 300 LEC", cit., p. 1177.

⁹³ Téngase en cuenta, no obstante, lo dispuesto en el art. 953 del "Anteproyecto de adaptación de la Ley de Enjuiciamiento civil para acomodarla a la Ley orgánica del Poder Judicial", de 1986, publicado por el Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 21 y ss.

⁹⁴ En este sentido, J.M. ESPINAR VICENTE, *Derecho procesal civil internacional*, ed. La Ley, Madrid 1988, p. 120.

⁹⁵ Véase el apdo. 5º del art. 300 del Proyecto de Ley para la reforma urgente a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984: "5. Cuando no hubiere reciprocidad en la prestación de cooperación, para casos semejantes, por parte de los tribunales del país de que proceda la petición. La determinación de cuándo hay o no reciprocidad corresponderá al Gobierno, el cual mantendrá a estos efectos, por mediación del Ministerio de Asuntos Exteriores, una lista de los países que no satisfagan la condición

Para que dicho Ministerio determine la existencia de reciprocidad deberán concurrir una serie de requisitos⁹⁶. Así, en primer lugar, el requisito de especialidad, que a diferencia de lo que ocurre en el *exequatur*, se refiere a la existencia o no de una efectiva ejecución o promesa de la misma. En segundo lugar, el requisito de la bilateralidad, el cual, en el ámbito de la cooperación judicial internacional, se equipara al requisito de especialidad.

Por último, se exige el requisito de actualidad. Para determinar la existencia de la actualidad de la reciprocidad deben tenerse en cuenta dos circunstancias, una de carácter temporal, ya que para observar la concurrencia o no de la reciprocidad se toma en cuenta un determinado período próximo a la petición, en detrimento de consideraciones pretéritas e históricas; y una segunda de carácter teleológico, no sólo en consideración a los fines de la reciprocidad en la formulación del legislador, en 1881, de la LEC o del de la LOPJ, en 1985⁹⁷, sino, también los fines de la diligencia procesal a la que se refiera.

La introducción de la reciprocidad como una de las condiciones para la cooperación judicial internacional es una opción muy criticada pues, en un mundo compuesto por casi dos centenares de Estados resulta difícil comprobar si existe o no reciprocidad con el Estado concreto y

de reciprocidad" (el subrayado es nuestro). Posteriormente pasa de ser una mera condición a ser el punto de partida de la cooperación con el que deberán concurrir el resto, opción que, sin embargo, se incorporó al texto definitivo (BOCG, Senado, II. leg. núm. 243, 28 mayo 1984).

⁹⁶ Véase, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, cit., pp. 87 y ss.

⁹⁷ En este sentido, véase la enmienda núm. 899 al Proyecto LOPJ, presentada por el grupo mixto (diputado F. Pérez Royo), en *Trabajos parlamentarios*, T. I, Cortes Generales, Madrid, 1986, p. 434.

para la cuestión concreta que se plantee en el proceso⁹⁸ que, sin embargo, olvida que en la práctica de la cooperación judicial se incluye tradicionalmente y desde antiguo, una cláusula de ofrecimiento de la reciprocidad, lo que nos hace pensar que la primera opción no será la habitualmente utilizada.

Si se hubiese utilizado la vía directa sin que para apoyarla exista un Convenio internacional, en principio podría parecer que la ausencia del "informe previo" del Ministerio de Justicia conduciría, inexorablemente, a la inadmisión de la petición. Sin embargo, podríamos plantear alternativas para subsanar este defecto: conservar la actuación judicial del Estado de origen⁹⁹ y evitar un alargamiento de la duración de la cooperación, salvo que no hubiese ofrecimiento de reciprocidad o concurriese con otros defectos de fondo que sí hiciesen obligada la inadmisión. Puesto que de lo que se trataría es de comprobar la existencia o no de reciprocidad, el tribunal requerido puede suspender e informar inmediatamente al Ministerio de Justicia para que éste, a su vez, dictamine sobre su concurrencia o no. Si la respuesta es positiva, el tribunal requerido valorará el resto de las condiciones y devolverá lo obtenido conforme a su ordenamiento (LOPJ y LEC); si no lo es, y no existe ofrecimiento de reciprocidad, entonces se devolvería con la

⁹⁸ En este sentido, A. L. CALVO CARAVACA, "Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional" (en adelante "Régimen del proceso civil..."), *RGD*, 1986, p. 5113; y "Nota", cit., p. 6: "parece sugerir la idea de que tal determinación se hará caso por caso, lo cual entorpecería claramente el desarrollo de las acciones de cooperación".

Sin embargo, algún autor no ha considerado un problema la concreción de la existencia o no de la reciprocidad por la existencia de un registro creado en el Ministerio de Justicia a tal efecto, ya recogido en el Anteproyecto, ubicado en el Ministerio de Asuntos Exteriores en el que se estableciese la existencia de relaciones de reciprocidad (art. 6.3º). En este sentido, J.Mª. ESPINAR VICENTE, *Curso...*, cit., p. 184.

⁹⁹ En este sentido, véase la Sent. TC 199/94, cit. (F.j. 3º).

relación de los defectos detectados para su subsanación por las autoridades del Estado requirente.

Comprobada la existencia de reciprocidad o de su ofrecimiento, el paso siguiente será controlar la concurrencia de ciertos aspectos formales como son la legalización y la traducción de la petición¹⁰⁰. Como es sabido, la LOPJ (art. 278.1. 3º) exige para la admisibilidad de las peticiones de cooperación (art. 596.7º LEC) que éstas vengan convenientemente legalizadas (art. 600.4º LEC) a fin de salvaguardar la autenticidad de la resolución judicial por la que se requiere la cooperación, si bien ello con excepción de los supuestos en que un convenio internacional disponga lo contrario.

¹⁰⁰ Como antecedentes ténganse en cuenta, sobre traducción, las Reales Ordenes de 30 junio 1837 (*CdD*, T. 22, p. 426); de 8 marzo de 1843 que limita a Madrid su aplicación (citada en M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, cit., 1877, vol. III, p. 522 y n.p.p. 10); de 16 agosto 1852 (traducción de documentos por intérpretes jurados, citada en R.M. ORUE Y ARREGUI, *Manual...*, cit. p. 318); de 21 enero 1853, citada; y de 8 agosto 1857 (*CL*, T. 73, p. 154).

Respecto a la legalización, véanse las Reales Ordenes del Consejo de la órdenes militares, de 9 octubre 1783 (citada en J.M. MANRESA NAVARRO, *Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., 1856, p. 287); de 9 junio 1842 (citada en E. PECOURT, *Derecho internacional privado español. Jurisprudencia sistematizada y comentada*, vol. I, EUNSA, Pamplona, 1976, p. 98); de 30 noviembre 1881 (*GdM*, 10 diciembre); y de 30 noviembre 1900, sobre supresión de legalización por vía diplomática (citada en M. WALLS Y MERINO, *La extradición y el proceso judicial internacional en España*, Madrid, 1905, pp. 482-483).

Evidentemente, centraremos nuestra atención en la traducción de peticiones de cooperación procedentes del extranjero. Sin embargo, no debemos olvidar que en el Estado español conviven una pluralidad de lenguas oficiales (art. 3. 1º y 2º CE), lo que podría plantear problemas a la hora de establecer a qué lengua deberían trasladarse aquellas peticiones. Sabemos que, por ejemplo, el art. 601 de la LEC fue utilizado para la traducción de documentos provenientes de Cataluña, Mallorca y Valencia. En este sentido, véase J.M. MANRESA NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., 1955, p. 468.

La LOPJ establece, como regla general y preceptiva, el uso del castellano en las actuaciones procesales (art. 231.1º) y, facultativamente, la propia de la Comunidad Autónoma, salvo que una de las partes alegue desconocimiento (art. 231.2º), sin olvidar la nueva redacción del apdo. 4º del art. 231 por LO 16/94, de reforma de la LOPJ de 1985, citada.

Ahora bien el hecho de existir numerosos Estados parte en cualquiera de los convenios que suprimen la exigencia de legalización¹⁰¹ nos permite suponer un alcance residual de la misma. Por otro lado, también se exige que las peticiones de cooperación vengan traducidas o acompañadas de traducción al español (art. 601 LEC), excepto que convencionalmente se disponga otra cosa¹⁰², de aquellos extremos que sean básicos para asegurar el derecho de defensa y demás garantías procesales, lo que corre de cuenta del peticionario de la diligencia de cooperación. Garantizado este mínimo, el resto de documentos remitidos no requieren ser traducidos y se desplaza hacia el interesado a quien afecte la ejecución de tal diligencia la carga de su traducción, ya no como un requisito para su admisión sino para una defensa más eficaz¹⁰³. En primera instancia, dicha traducción puede ser

¹⁰¹ Para los documentos transmitidos por la vía consular o diplomática, véase el Convenio de La Haya sobre legalización, de 5 octubre 1961 (*BOE*, 25 septiembre 1978) y el europeo relativo a la supresión de la legalización de documentos extendidos por los funcionarios diplomáticos y consulares, de 7 julio 1968 (*BOE*, 26 agosto 1982).

Se añade a esta excepción de legalización el supuesto en el que se utilice la transmisión a través de la Autoridad Central (art. 3 Convenio de La Haya de 1965; art. 3 Convenio de La Haya de 1970; y arts. 6 y 7 Convención de Panamá de 1975). El texto de 1954 sólo se refería a la legalización, a su necesidad, respecto de las actas de Estado civil (art. 25).

También el Convenio de Bruselas suprime esta exigencia para las peticiones de reconocimiento y ejecución (art. 49). Esta última posibilidad tiene un especial interés respecto de Irlanda (esta vez Bélgica sí es parte del Convenio de La Haya de 1961); si admitiésemos la posibilidad de utilizar el art. 25 del Convenio de Bruselas para el reconocimiento de la petición de cooperación, ésta quedaría exenta de la necesidad de legalizarse, en aplicación del principio de confianza comunitaria.

¹⁰² Excepcionalmente en los Convenios de Bruselas (art. 48 pfo. 2º) y de La Haya de 1965 (art. 5) la traducción es potestativa, pero, de pedirse, deberá ser certificada, al igual que en el resto de los Convenios de La Haya (art. 3 Convenio de La Haya de 1954, y art. 4 pfo. 5º Convenio de La Haya de 1970), en los que, salvo pacto en contrario, es necesaria.

¹⁰³ En el mismo sentido véase F. RAMOS MENDEZ, "¿Traducción al castellano de los documentos que acompañan a un emplazamiento ante tribunal extranjero?", en *Arbitraje y proceso internacional*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, p. 266; y la Sent. TC 98/84, de 24 octubre (*BOE*, 28 noviembre, F.j. 3º) que resuelve un recurso de amparo contra el Auto de 6 de febrero de 1984, Juzgado 1º

privada, traducción que devendrá "fiel y exacta" salvo impugnación de la contraparte, en cuyo caso se dará traslado a la Interpretación de Lenguas (*¿ex officio?*) para su traducción oficial ¹⁰⁴, pues la constancia al juez del contenido del acto por su ciencia privada no sería suficiente para excluir dicha traducción.

b) Requisitos de ejecutabilidad.

Admitida la petición para la práctica de prueba por nuestros tribunales, aparece un segundo nivel de exigencias para que aquélla sea ejecutable. La LOPJ señala que sólo serán razones para la no ejecución alguna de la circunstancias contenidas en su art. 278. Quiere ello decir que, por ejemplo, no será causa de denegación de la ejecución la valoración que nuestros tribunales pudieran hacer de la admisibilidad de una prueba concreta, porque, según el desarrollo jurisprudencial del art. 566 de la LEC, fuese impertinente o inútil o el medio de prueba fuese inadecuado para probar un acto alegado por el requirente de la prueba, o que el contenido de la petición no se ajuste a las prescripciones del art. 287 de la LEC, siempre que se garantice un contenido mínimo de identificación de las partes, del proceso en el Estado requirente o de origen de la petición y de la actuación que se requiere.

Exclusivamente serán cuatro, por tanto, las razones para la inejecución de la petición: a) que la actuación no forme parte de las atribuciones de la autoridad judicial requerida; b) existencia de una

Inst. núm. 3 de Barcelona (citado en F. RAMOS MENDEZ, "¿Traducción...?", cit., pp. 254-261). En ambos casos la exclusión de la traducción se refiere a aquellos supuestos en los que voluntariamente el demandado acepta la notificación.

¹⁰⁴ Podemos apoyar la oficialidad del traslado en el Real Decreto 752/1992, de 27 junio (BOE, 22 julio) cuyo art. 7 establece la remisión por las autoridades judiciales salvo que el Ministerio de Justicia establezca otro cauce.

competencia exclusiva de los tribunales españoles; c) la incompetencia del tribunal al que se remite la petición; y, por último, d) que la actuación judicial requerida sea contraria a nuestro Orden Público, a pesar de que el legislador agrupa, y nosotros así lo haremos, los motivos a) y c) del art. 278. 1.2º de la LOPJ.

i) Que la actuación no forme parte de las atribuciones de la autoridad judicial requerida, y que el tribunal español requerido sea competente para la ejecución de la prueba.

En primer lugar, para que pueda ejecutarse la petición de cooperación es necesario que la actuación solicitada corresponda a las atribuciones propias de la autoridad requerida y que ésta sea, según nuestras normas, la competente para la práctica de la prueba (art. 278, 1.2º LOPJ¹⁰⁵). Sin embargo, la conclusión a la que llegamos de la

¹⁰⁵ En el proyecto de LOPJ (BOCG, 19 septiembre 1984), se hacía referencia al "control de las atribuciones de las autoridades requirente o requerida", mediante el que se pretendía incorporar la tradición convencional (art. 3, Convenio de La Haya de 1896; art. 7, Convenio de La Haya de 1905 y art. 11, Convenio de La Haya de 1954).

No obstante, la formulación genérica de "autoridades" introducía un elemento perturbador sobre la posibilidad de que el requirente no fuese un órgano judicial, en consonancia con el art. 17 del Convenio de La Haya de 1965 y su incorporación a nuestro ordenamiento por el nuevo art. 35 Ley del Notariado, introducida por la Disposición Adicional de la Ley 18/90, de 17 diciembre (BOE, 18 diciembre).

Pero no hacer esta especificación conllevaba también un riesgo ya que permitía considerar la posibilidad de que ni el requirente ni el requerido fuesen órganos judiciales, pero sí desarrollasen una actividad calificable como jurisdiccional, como ocurriría, por ejemplo, con las Agencias norteamericanas. Por esta falta de claridad y por su ambigüedad, la enmienda núm. 898, presentada por el grupo mixto (diputado F. Pérez Royo) aconsejaba su desaparición. Véase, en este sentido, *Trabajos Parlamentarios*, cit., p. 434.

De haberse admitido la formulación del Proyecto de LOPJ, el control por nuestros jueces no sólo contemplaría de la competencia del órgano receptor (territorialmente por la naturaleza localizadora de los actos de cooperación, como ocurre con el Convenio de La Haya de 1896, se refiere a la incompetencia *rationae materiae*) sino también, a la actuación de la autoridad emisora conforme a las "atribuciones" establecidas por su ordenamiento lo que no deja de ser cuestionable cuando ese control ni siquiera se practica en actuaciones en las que el roce con la soberanía puede ser más intenso como es el caso de la peticiones de *exequatur*. Así

redacción de este artículo es que el legislador utiliza como sinónimos las "atribuciones propias de la autoridad judicial española" y la competencia, dos situaciones que, en la práctica convencional, se tratan independientemente¹⁰⁶.

No obstante, podría interpretarse esta fusión, en coherencia con su formulación para todos órdenes jurisdiccionales, en cuyo caso, debería entenderse por "atribución" la asignación de bloques de materias *ex lege* (arts. 9 y 53 y ss. LOPJ), y dentro de cada uno de estos bloques (civil, penal, contencioso y social), se determinan las reglas de distribución (*ex* art. 22 y ss. LOPJ) y de atribución de competencia (leyes procesales específicas, en nuestro caso arts. 56 y ss. LEC)¹⁰⁷. Si admitiésemos esta interpretación, ello significaría que el juez español debería considerar no la naturaleza del proceso de origen sino la petición concreta, pues,

lo sostienen dos autores separados por casi un siglo E. BRAVO, *Derecho internacional privado...*, cit., P. 126; A. L. CALVO-CARAVACA, "Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional" (en adelante, "Régimen..."), en AA.VV., *Derecho internacional privado*, vol. I, ed. UNED, 6ª ed., Madrid, 1996, p. 336; y J.D. GONZALEZ CAMPOS/A. L. CALVO-CARAVACA "Comentario al art. 8.2 del Cc", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, T.I, vol. 2, M. Albaladejo (dir.), EDESA, Madrid, 1995, p. 150.

¹⁰⁶ El Convenio de La Haya de 1954, por ejemplo, distingue el supuesto del art. 11 (no atribuciones), que es causa de denegación de la ejecución, del supuesto de incompetencia (art. 12), donde se prevé la transmisión de oficio a la autoridad competente conforme a la *lex fori*. En el mismo sentido, véase, respectivamente, los arts. 12, a) y 5 Convenio de La Haya de 1970.

¹⁰⁷ Determinado por el nexo territorial (domicilio del testigo, registro donde se encuentre el documento que se requiere, lugar de situación del bien sobre el que se pida la práctica de una prueba pericial...) y excluida la aplicación de las reglas de determinación de la competencia objetiva, empleadas en el momento de acceso a la jurisdicción sólo resta aplicar las reglas de una competencia funcional que determinan el grado del órgano que deberá ejecutar la petición, por asimilación entre nuestra organización jurisdiccional y la peticionaria (arts. 53 y ss. LOPJ). Véase, M.A.FERNANDEZ, "Competencia objetiva" en M.A. FERNANDEZ/A. de la OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, ed. Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 355.

podiera ocurrir, como en el Convenio de La Haya de 1970, que un órgano judicial del orden penal requiriese la práctica de una prueba sobre una cuestión de naturaleza civil. Evidentemente, si la petición se enviase a un órgano judicial penal, éste no tendría "atribuciones" para la práctica de la prueba que, conforme a nuestro derecho, sería calificada como civil.

Resuelta esta primera cuestión, no admitir en el caso de una petición de cooperación la transmisión *ex officio* al órgano competente supondría, de una parte, el incumplimiento de normas imperativas como son las de atribución de la jurisdicción en cada uno de los órdenes jurisdiccionales y, de otra, haber formulado una solución distinta, e injustificada, de la prevista para los supuestos internos (art. 294 LEC)¹⁰⁸. Parece lógico, por tanto, que el receptor de la petición controle su propia competencia para la ejecución de la comisión rogatoria porque este control también influye en la validez de la prueba en el proceso pendiente en el Estado requirente, pues si no es válida conforme a nuestra legislación (*lex loci executionis*), estará viciada y no producirá ningún efecto en el proceso de origen (art. 600.3º LEC).

Implicaría, además, duplicar la onerosidad (tiempo y costes) dada la necesidad de devolución, subsanación y nueva petición de ejecución del acto de cooperación para, al final, admitir la petición. Esta solución primera no parece compatible con un régimen de cooperación judicial porque grava, desmesuradamente, al peticionario de la cooperación por un puro defecto de forma, al mismo tiempo que exigiría el conocimiento

¹⁰⁸ En este mismo sentido, véanse el art. 737 del NCPC francés donde el Ministerio Público remite la petición al órgano competente para la ejecución; y el art. 69.3º de la ley 31 de mayo 1995, de reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado, (*Gazzetta Ufficiale*, núm. 128, de 3 junio 1995).

y aplicación por el Estado de origen de nuestras reglas de distribución de la competencia.

ii) Existencia de una competencia exclusiva de los tribunales españoles.

En primer lugar, debemos precisar cuál es el supuesto de esta limitación y cómo afecta a la ejecución de un acto de cooperación judicial internacional. La LOPJ señala que no se ejecutará la petición de cooperación cuando el proceso del que dimana sea competencia exclusiva de los tribunales españoles (art. 278, 1º). Ello nos induce a excluir la aplicación de esta excepción a aquellos supuestos en los que no existe un proceso pendiente en el Estado de origen de la petición, como sería el caso de la petición por las autoridades del Estado requirente de la práctica de una prueba anticipada o de una prueba respecto de una cuestión incidental¹⁰⁹. Al menos en principio, este alcance restrictivo de la excepción es el que parece más compatible con el principio de cooperación. Sin embargo, no deben desatenderse otras razones que apuntaremos más adelante, que conducen a la no ejecución cuando una competencia exclusiva de los tribunales españoles (art. 22. 1º LOPJ) pueda verse afectada por un acto de cooperación.

Cabe pensar, ciertamente, que para la ejecución de un acto de cooperación han de tenerse en cuenta las mismas condiciones que se establecen para rechazar el reconocimiento y ejecución¹¹⁰ de aquellas

¹⁰⁹ Frente a esta interpretación "restrictiva", véase, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 mayo 1992 (*RAJ*, 4847) y la Nota a la misma en *REDI*, 1991-1, pp. 331 y ss.

¹¹⁰ En este sentido, J.C.FERNANDEZ ROZAS/S. SANCHEZ LORENZO, *Curso...*, cit., p. 645.

Esta solución se alcanza mediante la técnica de la bilateralización de las reglas

decisiones dictadas por jurisdicciones que se atribuyen competencias excesivas¹¹¹; pues es previsible que se solicite de nuestros tribunales el *exequatur* de las resoluciones que emanen del proceso para cuya resolución se solicita la práctica de una prueba¹¹². De manera que la negativa de la practica de la prueba sería un anticipo de la ineficacia de la resolución en territorio español. Sin embargo, esta justificación no es concluyente porque presupone una conexión con el proceso que puede o no darse, ya que la ubicación de la prueba es, en ocasiones, aleatoria y puntual, sin que exista más relación con el lugar de la situación de ésta¹¹³.

de competencia, A.L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 64 y ss.

¹¹¹ Véase J. CARRASCOSA, "Comentario art. 16", en AA.VV. *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, ediciones BOE, Madrid, 1994, pp. 319 y ss.

Este control puede entenderse extensivamente, también para los supuestos de competencias basadas en foros exorbitantes. Así, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, cit., pp. 195-196.

¹¹² Otras razones que justifican la no ejecución cuando existe una competencia exclusiva es la proximidad del foro que debe conocer de la prueba, si se trata de derechos reales o arrendamientos sobre bienes inmuebles pues los peritajes o el reconocimiento judicial se realizarán en el lugar de situación. En este sentido, G.A.L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, ed. Dalloz, París, 1972, p. 100; P. JENARD, "Informe al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil" (en adelante Informe Jenard), *DOCE* núm. C 189, de 28 julio 1990, p. 153; el litigio impugna un acto relacionado con un servicio público, por tanto territorial (impugnación de inscripciones registrales); y finalmente, cuando el litigio se refiere a personas jurídicas con domicilio en España y su situación registral, existe un interés evidente dada la importancia económica de éstas. No obstante, en este último caso deben diferenciarse el supuesto asumible bajo la competencia exclusiva (vertiente registral) de aquél otro puramente obligacional (vertiente contractual), excluido de la exclusividad. Véase como un ejemplo de la diferencia existente entre ambos el Auto AP Zaragoza, de 12 julio 1994 (*Ar. Civil*, 1994, núm. 1284).

¹¹³ Resulta evidente en el caso de que la prueba sea testifical, e incluso documental, y plantea alguna dudas cuando se trata de una prueba pericial.

La razón, por tanto, no parece que sea sólo advertir de la ineficacia de la resolución en nuestro territorio si se pidiese el *exequatur*, pues los futuribles no son circunstancias controlables por nuestros tribunales. Tal vez encontremos la clave para entender el alcance de esta condición en el hecho de evitar cualquier actividad colaboradora de nuestros órganos jurisdiccionales para una jurisdicción internacionalmente incompetente¹¹⁴. El control de la competencia del tribunal de origen solamente se realiza con el fin de advertir al tribunal extranjero de la posible inejecutabilidad en nuestro territorio de la resolución que ponga fin al proceso celebrado en el Estado requirente, con independencia de que sea previsible la petición de reconocimiento¹¹⁵, pues dicho control no se establece ni como condición para la admisibilidad ni como condición para la ejecutabilidad de la petición de cooperación¹¹⁶.

No queremos terminar estas consideraciones sin hacer referencia, a un supuesto especial que se plantea con Bélgica e Irlanda, que son parte del Convenio de Bruselas pero no así del de La Haya de 1970, que

¹¹⁴ Sobre el control de éste requisito, la mayor parte de la doctrina coincide en la verificación *ex officio*, puesto que la exclusividad de la competencia produce, entre otros, la imposibilidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad ya que se trata de una norma imperativa lo claramente supondría la exclusión, a su vez, del control *ex parte*. En este sentido, entre otros, véanse M. A. AMORES CONRADI, "La nueva estructura...", cit., pp. 149 (n.p.p. 99) y 150; A.L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera...*, cit., p. 54; y M.A. FERNANDEZ, "La jurisdicción", en *Derecho procesal civil*, vol. I, cit., pp. 324-325.

Sobre el límite que para la autonomía de la voluntad supone la existencia de una competencia exclusiva, véase J.D. GONZALEZ CAMPOS/R. RECONDO PORRUA, *Lecciones...*, cit., p. 100.

¹¹⁵ Más crítica resultó la enmienda núm. 897 del Proyecto LOPJ, presentada por el grupo mixto (diputado F. Pérez Royo). En esta se considera que esta condición no cumple ninguna función ya que es difícil su verificación, y lo único que consigue es entorpecer la plena asunción del Convenio de La Haya de 1970. En este sentido, *Trabajos parlamentarios*, cit., p. 433.

¹¹⁶ Sin embargo, en algún momento se ha defendido la necesaria jurisdicción del órgano judicial requirente. Así F.A. DE ELIOZONDO, *Practica Universal...*, cit., p. 175.

excluye expresamente la existencia de una competencia exclusiva como motivo para la inejecución de una petición de cooperación (art. 12 pfo. 2º), al igual que hizo, con anterioridad el Convenio de La Haya de 1965 (art. 13 pfo. 2º). En primer lugar, evidentemente, la exclusividad de la competencia no se determinará conforme a la LOPJ (art. 22. 1º) sino conforme al art. 16 del Convenio de Bruselas, en aquellos supuestos en los que sea de aplicación (arts. 1 y 2 Convenio de Bruselas), pues para el resto se aplicará la LOPJ. Por ejemplo, en el supuesto de que se impugnase la validez o se promoviese la nulidad de anotaciones en nuestro Registro Civil.

Sin embargo, es poco probable que esta condición se dé si se aplicase el Convenio de Bruselas. Así, si Bélgica o Irlanda requiriesen a nuestros tribunales la ejecución de un acto de cooperación se aplicarían las reglas del Convenio de Bruselas para la resolución de conflictos provocados por la existencia de una competencia exclusiva, es decir, si el tribunal del Estado requerido tuviese conforme al art. 16 del Convenio de Bruselas una competencia exclusiva, el tribunal del Estado requirente, *ex officio*, se declarará incompetente en virtud del art. 19 del Convenio de Bruselas o en aquellos supuestos en los que quepa la posibilidad de competencias exclusivas concurrentes a los que se aplicará la regla *primus in tempore* (art. 23 Convenio de Bruselas), como es el supuesto de la determinación del domicilio de las personas jurídicas en el que no existe una unidad de regulación. Con todo ello quedaría reducido el control de esta condición, para estos dos Estados, a aquellos supuestos en los que no sea de aplicación el Convenio de Bruselas por referirse a materias excluidas de su ámbito material (art. 1).

iii) Que el objeto de la cooperación no sea manifiestamente contrario al orden público.

Por "orden público", en un sentido normativo, se entiende como aquel "conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales, de índole económico, político o social en un momento dado" y en una sociedad determinada¹¹⁷. A la definición anterior, sin embargo, deben incorporarse dos matizaciones. En primer lugar, el orden público se ha de referir a un ordenamiento jurídico en su conjunto, por lo que debe matizarse según se analice cada uno de los sectores jurídicos que se integran en aquél¹¹⁸; y en segundo lugar, debe distinguirse entre el Orden Público interno (que tiende a identificarse con normas materiales imperativas, aplicables a cualquier supuesto) y aquel referido a las relaciones internacionales en las que el orden público se equipara a los ataques a la soberanía¹¹⁹.

Por tanto, el concepto de orden público utilizado en la LOPJ, se refiere justamente a su vertiente interna, pues la internacional debería haber sido previamente controlada en la intervención del Ministerio de

¹¹⁷ Véanse, entre otros, J.D. GONZALEZ CAMPOS/J.C. FERNANDEZ ROZAS, "Comentario al art. 12.3º Cc", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, T. I, vol. 2, M. Albaladejo (dir.), EDERSA, Madrid, 1995, pp. 894 y ss (esp. p. 906); y S. SANCHEZ LORENZO "Orden Público (Derecho internacional privado)", *Enciclopedia Jurídica Básica*, ed. Cívitas, Madrid, 1995, vol. III, pp. 4637 y ss.

¹¹⁸ Así, J. BARCELONA LLOP, "Orden Público (Derecho Administrativo)", *Enciclopedia Jurídica Básica*, ed. Cívitas, Madrid, 1995, vol., III, p. 4630.

Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el Derecho procesal la mayoría de las normas que lo regulan son de orden público puesto que son irrenunciables e inderogables por los particulares.

¹¹⁹ En este sentido, véase A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, cit., pp. 195 y ss.

Justicia. Así pues, para determinar la existencia o no de un ataque a nuestro orden público es necesario que concurren dos condiciones: que la petición de cooperación judicial internacional extranjera contenga algún elemento que suponga un ataque a alguno de nuestros valores o derechos fundamentales, en el ámbito del proceso; y que dicho ataque se produzca "manifiestamente".

Podrá afirmarse que ha existido un ataque manifiesto a valores o derecho fundamentales en el proceso cuando la actuación requerida suponga la ruptura con los principios que informan nuestro Derecho procesal civil (igualdad procesal, contradicción, audiencia...) ¹²⁰ y más concretamente cuando aquella actuación supusiese una infracción del derecho de defensa.

Pues bien, el ataque al derecho de defensa se producirá cuando en la petición se requiera una acción u omisión que suponga una situación de indefensión para el sujeto al que se requiere para la práctica de la prueba. La exigencia de que este ataque sea manifiesto nos induce a pensar que la situación de indefensión no debe suponer, necesariamente, un menoscabo o imposibilidad de utilizar las oportunidades de ataque y defensa que el brinda el ordenamiento sino que bastaría con que se produjese una indefensión en sentido formal, mediante la privación al requerido del uso de alguna de las armas procesales que nuestro ordenamiento le otorga ¹²¹.

¹²⁰ Véase, por ejemplo, las Sents. AP Ciudad Real (Secc. 1ª), de 5 julio 1995 (*RGD*, 1996, p. 6348) en la que se considera nula una prueba pericial realizada sin citación de la partes para formular aclaraciones al perito (art. 628 LEC) porque supone la infracción de una norma esencial del procedimiento; y AP Valladolid, de 22 enero 1996 (*RGD*, 1997, pp. 1320 y ss.).

¹²¹ Sobre los supuestos de indefensión, véanse las consideraciones contenidas en el apartado II.1 del presente Capítulo.

Nótese que hacemos referencia al "requerido" y no sólo a las partes como sujetos protegidos de la indefensión. En nuestra opinión, el juez español podría negar la práctica de una prueba requerida por un juez extranjero si esta supusiese una situación gravosa para la parte o un tercero que no se correspondía con los deberes y cargas procesales previstas en nuestro ordenamiento. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de que un tercero sea requerido para la exhibición de ciertos documentos privados en su poder (art. 603 LEC), sin que se determine su relación con su "transcendencia a los fines de la sentencia" por el tribunal del Estado requirente.

Por otra parte, el carácter manifiesto de la contradicción con el orden público del foro significaría que solamente puede rechazarse la ejecución de la petición de cooperación cuando de esta petición se deduzca la infracción de los principios del proceso o de las garantías que asisten a sus participantes, sean partes o no. No cabe pues el rechazo cuando el juez considere que si la petición se ejecuta es previsible que se produzca dicha infracción, cuestión que sólo pertenece al derecho interno y que no debe interferir en la admisión de la petición. Supongamos, por ejemplo, que en la petición se requiriese la producción de ciertos documentos contables a un tercero no litigante, sin que se de los datos que se aportan en la petición pueda deducir el juez con precisión la relación de los documentos con el proceso pendiente en el Estado requirente (art. 603 LEC), o que en la prueba de testigos o en la pericial no se contengan con claridad y precisión las preguntas que deben formularse o la cuestión técnica sobre la que deba informar el perito (arts. 638 y 611 LEC, respectivamente).

Esta atenuación del orden público debe entenderse influida por la

participación de nuestro país en textos internacionales¹²². Esta orden público atenuado de la LOPJ supondría, por ejemplo, que no cabría rechazar la práctica de una prueba requerida por un tribunal extranjero por la posible incompatibilidad de la petición con una resolución anterior o la existencia de un supuesto de litispendencia, ya que de otro modo se estaría admitiendo la interpretación extensiva de una regla limitativa, que, por el contrario, exige de una interpretación restrictiva de sus términos. Por ello, la LOPJ exige que la contrariedad sea manifiesta a fin de facilitar el intercambio de actuaciones de cooperación judicial.

Delimitado el concepto de "orden público", debemos determinar sobre qué objeto se realizará el juicio de compatibilidad o no con aquél, incompatibilidad que no puede basarse en la mera diferencia de contenidos o en el desconocimiento por nuestro ordenamiento de un determinado medio de prueba o de forma para su práctica¹²³.

La LOPJ se refiere al "objeto de la cooperación solicitada" como el elemento sobre el que debe dictaminarse su ajuste o no a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento. Y en este punto se nos plantean ciertas dudas. En efecto, ¿debemos considerar que el legislador identifica el objeto de la cooperación con el objeto de la petición o, por el contrario, el legislador también tiene en cuenta la posibilidad de que la

¹²² Véase J.D. GONZALEZ CAMPOS/J.C. FERNANDEZ ROZAS, "Comentario al art. 12.3º Cc", cit., p. 919.

¹²³ Lo que, a nuestro juicio, obliga a acceder a la petición de cooperación en la que se requiera la práctica de una prueba por medios distintos a los previstos en nuestra LEC (art. 578), siempre y cuando se salvaguarde el equilibrio procesal y no menoscabe ningún derecho fundamental. La posibilidad de utilización en las actuaciones procesales, incluida la obtención de prueba o la notificación, de los avances técnicos, rompe el mito de *numerus clausus* de los medios de prueba, como lo demuestra la puerta abierta que supone la reforma del art. 231 tras la reforma de la LOPJ de 1994.

no conformidad con nuestro ordenamiento provenga de la ejecución de la cooperación¹²⁴?, e incluso, ¿cabe pensar que se extienda a los efectos que deriven de ésta¹²⁵, siempre que tenga los elementos necesarios para valorar *a priori* la manifiesta oposición con nuestro orden público?.

Por "objeto de la cooperación solicitada" podemos entender el objeto de la petición, en nuestro caso, la práctica de una prueba. Si, en defecto de norma convencional, a ésta le fuesen de aplicación nuestras normas (art. 8. 2º Cc) resulta difícil pensar que en tal caso pueda resultar infringido nuestro orden público. Sin embargo, sí puede serlo si el objeto de la cooperación es:

a) la práctica de la prueba solicitada por un órgano manifiestamente incompetente porque se permitiría un acto contrario a normas que garantizan el derecho de defensa¹²⁶, razón suficiente como para justificar la negativa de poner en funcionamiento los canales de cooperación; o

b) si se requiere, por ejemplo, una prueba documental en la que los documentos no vienen identificados (pensemos en una "fishing expedition") sino que se formula *in genere*, y estos documentos se encuentran en poder de un tercero ajeno al proceso. Conforme a lo dispuesto en nuestras normas procesales, se exige que se dé una audiencia previa a este tercero y que los documentos que deban

¹²⁴ Por ejemplo, esto ocurriría cuando la práctica de la prueba requerida implicase la violación de alguno de los derechos fundamentales. Esto supondría la práctica de una prueba nula conforme a nuestra *lex fori*, porque se trataría de una prueba ilícita. En este sentido, véanse las Sents. TC 111/84, de 28 noviembre (BOE, 21 diciembre, F.j. 2º y 3º); y 114/84, de 29 noviembre 1984 (BOE, 21 diciembre, FF.jj. 3º, 4º y 5º).

¹²⁵ Véase la posibilidad de extender a los efectos de la ejecución este control del orden público, cuando suponga un medio para enervar la efectividad de los derechos fundamentales. En este sentido, véase la Sent. TC 54/84, de 4 mayo (BOE, 29 mayo, F.j. 4º).

¹²⁶ Lo que justificaría que este supuesto fuese planteado como una cuestión de *exequatur*, como ya lo propuso M. BILLECARD, *Les commissions rogatoires en droit international privé*, tesis, París, 1902, p. 72.

producirse como prueba reciban previamente la calificación de transcendencia, es decir, de su incidencia sobre la resolución sobre el fondo (art. 603 LEC); o

c) la práctica de una prueba que, conforme al desarrollo jurisprudencial del art. 566 de la LEC, fuese considerada inadmisibles¹²⁷ por impertinente o inútil. Supuesto este que, no obstante, es más difícil de admitir, no sólo porque puede suponer una interpretación excesiva de esta excepción sino porque supone, además, la atribución al tribunal cooperador de una facultad que es exclusiva del tribunal que debe resolver sobre el fondo, pues es éste quien debe determinar el grado de convicción de la prueba requerida.

Finalmente, debemos pensar en que, manifestada la voluntad de cooperar por nuestros tribunales, los requisitos para la cooperación no deben levantarse como barreras infranqueables sino como garantías para los afectados, sean partes o terceros. Pensemos, por ejemplo, en que una norma convencional establezca reglas flexibles que permitan la mejora en la cooperación, al mismo tiempo que sobre el mismo aspecto, nuestro régimen de cooperación judicial internacional establece una norma más precisa que la convencional y más restrictiva. Evidentemente, lo que resulta peligroso, porque ignora intereses en juego, es la suma de las dos, es decir, aplicar la norma flexible, tal y como la completa el ordenamiento autónomo¹²⁸.

El resultado al que llevaría la conjunción de una norma convencional flexible y de una norma autónoma restrictiva es la neutralización de las mejoras, la imposición de los derechos nacionales

¹²⁷ Sobre el derecho aplicable a la admisibilidad de la prueba, véase A.L. CALVO CARAVACA, "Régimen...", cit., p. 321.

¹²⁸ Véase la, a nuestro juicio, "arriesgada" interpretación que se hace en la Sent. TC 45/96, cit. *supra*, (FF.jj. 4º y 5º).

"menos sospechosos" y el perjuicio para quien tiene la mala fortuna de tener que obtener una prueba en el extranjero para poder fundamentar y proteger su derecho. Contra esta inercia unilateralista, el Convenio de La Haya de 1970 exige el concurso de los derechos nacionales, no para que no se den la espalda sino para que sumen esfuerzos.

III. Régimen del Derecho internacional privado convencional en el que es parte España.

1. Introducción.

La abundancia de normas convencionales, tanto bilaterales como multilaterales, ponen de manifiesto la importancia que se ha dado, en la política convencional de nuestro país, a las cuestiones relativa al procedimiento civil¹²⁹. Esta abundancia de la normativa convencional ha sido, como ya se apuntó, el argumento utilizado para desplazar a una aplicación residual de las normas autónomas de cooperación judicial internacional.

De una parte, los convenios multilaterales se circunscriben a la labor desarrollada por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, en la esfera europea, y a la aportación, en primer lugar, de los intentos codificadores en América del Sur y, posteriormente, por la Conferencia Interamericana de Derecho

¹²⁹ Y ello a pesar de que, como se ha señalado, la política convencional de España se caracteriza por la falta de una política convencional. En este sentido, véase A. BORRAS RODRIGUEZ, "La participación de España en la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado", en AA.VV, *España y la codificación internacional de Derecho internacional privado (Terceras jornadas de Derecho internacional privado. San Lorenzo del Escorial. 13 y 14 de diciembre de 1991)*, Centro de Estudios superiores sociales y jurídicos Ramon Carande, Madrid, 1993, p. 69.

internacional privado (CIDIP). El paralelismo en ambos proyectos es indudable, y, si bien cada uno de ellos mantiene su identidad¹³⁰, ello no ha impedido que algunos Estados sean parte de ambos a la vez¹³¹, hecho éste que planteará un problema de concurrencia de convenios¹³².

Por otra parte, la celebración de convenios bilaterales no siempre responde necesidades políticas, en las que los convenios de cooperación suelen ser una primera aproximación en las relaciones bilaterales¹³³. En ocasiones, los convenios bilaterales se han celebrado y se celebran por la necesidad de hacer eficaces las disposiciones contenidas en un convenio multilateral. Así los Convenios de La Haya de 1905 y 1954, necesitan de los convenios bilaterales para poder utilizarse efectivamente en las actuaciones de cooperación judicial internacional, como tendremos más adelante oportunidad de analizar, pues, entre otras razones, no se incluía la obligación de comunicar al depositario las autoridades encargadas de recibir las comisiones rogatorias y creaba la incertidumbre de los Estados parte que se reducía con el canje de notas o la elaboración de circulares ¹³⁴.

¹³⁰ Véase al respecto, J.D. GONZALEZ CAMPOS/A. BORRAS, "Unificación de la traducción al castellano de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado", *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993). Traducción al castellano*, ed. preparada por J. D González Campos y A. Borrás, Marcial Pons Editor, Madrid, 1996, pp. 19 y ss.

¹³¹ Como ocurre con Argentina, España, Méjico y Venezuela.

¹³² Véase al respecto las consideraciones que se harán con posterioridad en el Capítulo III del presente trabajo.

¹³³ Porque sólo así se explican convenios como el bilateral con China de 1992 o el convenio no nato con Uruguay de cooperación jurídica de 4 de noviembre de 1987 (*BOCG*, 15 abril).

¹³⁴ En este sentido, G.A.L. DROZ, "Regards sur le droit international privé...", cit., p. 413.

Finalmente, las aportaciones convencionales más importantes han sido, en primer lugar, la limitación progresiva de la discrecionalidad (casi nos atreveríamos a afirmar, arbitrariedad¹³⁵) en la cooperación y su sustitución progresiva por criterios que permiten no sólo la previsibilidad de los resultados sino, además, y como consecuencia de ésta, una mayor seguridad jurídica y una mejora en la tutela de los intereses de los litigantes.

En segundo lugar, el intento de equilibrar los intereses en conflicto a fin de agilizar y mejorar los resultados de las fórmulas tradicionales, lentas y, en ocasiones, de resultados inciertos. No se oculta, sin embargo, el carácter limitado de las mejoras ya que estos convenios se refieren sólo a un determinado ámbito espacial¹³⁶ y se enfrentan a ciertos aspectos puntuales considerados de mayor relevancia¹³⁷.

¹³⁵ Véase, Informe Anual al Convenio de La Haya de 1896, citado en R. BASSOLS JACAS, *Tratados...*, cit., pp. 181-182.

¹³⁶ Identificable con los intentos unificadores de las reglas sobre proceso con elemento extranjero, es decir, América del Sur y Europa. Sin embargo, existen también otras iniciativas a fin de establecer redes para una mejora de las relaciones judiciales internacionales, en concreto, en materia de cooperación judicial internacional. En este contexto debemos citar, también el "Modelo básico para alcanzar acuerdo bilaterales en materia de cooperación judicial internacional elaborado en 1988, por Comité Consultivo-jurídico afro-asiático" (*ILM*, 1986-4, pp. 920 y ss) donde se recogen muchas de las mejoras para la cooperación introducidas en el texto de 1970.

¹³⁷ Lo que podría calificarse como "derecho lagunoso". Así lo define L. FOCSANEANU, "L'instruction extraterritoriale des litiges économiques et la défense de la souveraineté des Etats", *AFDI*, 1981, p. 638.

2. Los Convenios sobre procedimiento de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado¹³⁸.

A. Evolución del Derecho convencional de La Haya.

El interés de la Conferencia de La Haya por las cuestiones procesales no se hizo esperar. En su primera sesión, en 1896¹³⁹, se elaboró el primer convenio multilateral sobre procedimiento civil en Europa que, posteriormente, con alguna mejora introducida en 1905¹⁴⁰,

¹³⁸ Véanse, entre otros, T.M.C. ASSER, *La Convention de La Haya du 14 novembre 1896 relative à la procédure civile*, Harlem-La Haya, 1901; V. HOYER, "Réflexions et propositions suggérées par la pratique en vue des Conventions de La Haye relatives à la procédure civile", en *De conflictu legum. En honor a Offerhaus/Kollewijn*, Nijhoff, 1962, pp. 226 y ss; G.A.L. DROZ, "Regards sur le droit international privé...", cit., pp. 411 y ss; y P. VOLKEN, *Die Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen*, Zürich, 1996, pp. 86 y ss.

¹³⁹ Véanse "Rapport présenté au nom de la IV^{ème} Commission", *Actes de la Conférence de La Haye (12-27 septembre 1893)*, 1^{ère} partie, La Haye, 1893, pp. 63 y ss; y "Rapport présenté au nom de la III^{ème} Commission", *Actes de la Deuxième Conférence de La Haye (25 Juin - 13 Juillet 1894)*, Imprimerie Nationale, 1894, pp. 51 y ss.

Publicado en España en *GdM*, 14 mayo 1899. Véase también el Protocolo adicional al Convenio de 14 noviembre 1896 estableciendo reglas comunes de Derecho internacional privado relativas al proceso civil, de 22 de mayo de 1897 (citado en DALMAU Y OLIVART, *Colección de tratados, convenios y documentos internacionales. 1834-1848*, vol. XI, p. 558).

¹⁴⁰ *GdM*, 30 abril 1911; corr. err., 4 junio 1911.

Las mejoras fundamentales fueron esencialmente dos: introducir la vía consular en la transmisión de las comisiones rogatorias lo que suponía, al menos sobre el papel, una mayor rapidez en la transmisión que no obstante lo que provocó fue una multitud de canjes de notas para determinar la autoridad competente a la que el cónsul debía remitir la petición; y la gratuidad, como regla general, en la tramitación de los actos de cooperación judicial internacional. En este sentido, véanse G.A.L. DROZ *et al.*, "La Conférence de La Haye et l'entraide judiciaire internationale", *R. des C.*, vol., 168, 1980, pp. 159 y ss. (esp. 161 y ss.); G.A.L. DROZ, "Evolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye", en *Etudes offertes à Pierre Bellet*, LITEC, Paris, 1991, pp. 130-132; y G.A.L. DROZ, "Regards sur le droit international privé...", cit., p. 413. Además tuvo la virtualidad de suponer la

llegaría a ser el mismo texto de 1954¹⁴¹. Frente a esta tendencia continuista, la innovación más importante, sin duda, ha venido de la mano del fraccionamiento de la regulación específica y puntual de las cuestiones, lo que permite una aproximación más pormenorizada a cada una de ellas.

El factor, ya aludido, del incremento de las transacciones internacionales, la necesidad de tener en cuenta realidades jurídicas distintas, ignoradas por la tradicional homogeneidad del sustrato estatal en el que se apoyaban los convenios anteriores¹⁴², el cambio en los fines y valores que deben tener en cuenta este tipo de convenios son algunas de las razones que hacían necesaria no la mera revisión sino una reforma en profundidad.

La diferencia de objetivos entre los convenios de 1896 a 1954 y los sectoriales posteriores a partir de 1965 debe identificarse con los intereses tutelables en uno y otro supuesto. Para los primeros, el interés de los Estados de facilitar las relaciones entre los Estados parte a través de la creación de vías para la continuación *ad extram* de la

extensión de las disposiciones del Convenio de La Haya de 1896 a la colonias. Así, A. DYER, "Hague Conventions on Civil Procedure", *Int'l L. Pract.*, 1987-1, p. 10.

¹⁴¹ *BOE*, 13 diciembre 1961.

En contra de que se trate del mismo texto que el de 1905, véase J.C. FERNANDEZ ROZAS, "La cooperación judicial...", cit., p. 84.

¹⁴² Y que, sin embargo, no impidieron la elaboración por parte de un Estado de tradición jurídica distinta como es Gran Bretaña de una importante red convencional con la mayor parte de los Estados miembros, justamente por la "imposibilidad" de ratificar un convenio que no daba cabida a ninguna de sus peculiaridades. En este sentido, A. DYER "Hague Conventions on Civil Procedure", en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, North Holland, 1986, p. 147.

Administración de justicia¹⁴³, apoyadas en la cortesía y amparada en una esperanza de próxima reciprocidad¹⁴⁴ es el predominante, mientras se presume que los intereses de los particulares se protegen gracias a la existencia misma del Convenio. En los posteriores, sin embargo, además de la tutela de los intereses estatales se busca una protección efectiva del derecho a un proceso justo, como una manifestación del cambio producido en el Derecho internacional público, a través de las Declaraciones de Derechos Humanos ¹⁴⁵ y de su integración a los textos constitucionales internos elaborados tras la II Guerra Mundial.

Además, no puede pasar desapercibido que la incorporación de los países del "common law" a los Convenios procesales sectoriales inspirados en la tutela material de los derechos de los litigantes y en la justicia del caso concreto a influido en la introducción de medidas útiles para dar mayor rapidez en la ejecución y devolución y mayor eficacia a los resultados obtenidos¹⁴⁶.

¹⁴³ Véanse, entre otros, G. MORELLI, *Diritto Processuale Civile Internazionale*, ed. CEDAM, Padua, 1954, p. 239, n.p.p. 1; M. HUISMAN, "Convention internationale de La Haye 1905 relative à la procédure civile", *Revue de Droit international et législation comparée*, 1909, pp. 320-339 y 395-414 (esp. p. 320); F. MONIER, *Des commissions rogatoires en droit international*, tesis, París, 1909, p. 9; V. HOYER, "Réflexions et propositions...", cit., p. 236; y C. GAVALDA, "La coopération internationale en matière de procédure civile. Rapport 6ème Congrès International de Droit Comparé", *Travaux Internationaux de Droit Comparé*, 1962, pp. 327 y ss.

¹⁴⁴ En este sentido M. HUISMAN, "Convention internationale...", cit., p. 324; y A. SERESIA, "La Convention de La Haye du novembre 1896, relative à la procédure civile", *Revue du Droit international et législation comparé*, serie 2ª, T. III, 1901, p. 579.

¹⁴⁵ Declaración universal de derechos humanos, Nueva York, de 10 diciembre 1948, (Arts. 8-10); Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 noviembre 1950 (BOE, 10 octubre 1979, art. 6); Pacto Internacional de derecho civiles y políticos, de 19 diciembre 1966 (BOE, 30 abril 1977, art. 14).

¹⁴⁶ Véase, O. CAPATINA, "L'entraide judiciaire ...", cit., p. 342.

La técnica empleada por los Convenios de La Haya, incluido el de 1954, cambia y pasa del "convenio marco" a normas uniformes básicas, que incluyen todos los supuestos excepto competencia y *exequatur*, que sirven de engarce a otros instrumentos para una más efectiva administración de justicia¹⁴⁷. En realidad, esta técnica es lo que explica el alcance sólo parcial de los éxitos de estos instrumentos convencionales: con los convenios bilaterales no sólo se lograba una mejor concreción de las disposiciones convencionales sino que, además, se descartaban bilateralmente aquéllas que se consideraban inoportunas, sin que hubiese una limitación al respecto. Esta situación, sin embargo, no es comparable a la del art. 28 del Convenio de La Haya de 1970. En este precepto se permite la derogación de determinados preceptos mediante acuerdos bilaterales, derogación que, sin embargo, sólo cabe de los artículos y aspectos concretos referidos en el mismo. Bien es verdad que pese a esta práctica los tribunales han aplicado aquellas disposiciones del Convenio de La Haya de 1954 que no necesitaban del desarrollo convencional. El resto es una especie de directiva que para ser invocada necesita de una especie de transposición a los ordenamientos nacionales. Si esta no se realiza no tenemos más que una norma jurídica incompleta, que no puede ser invocada por los particulares.

Frente a este método, la Conferencia de La Haya ha optado por la vía de los convenios sectoriales, en un intento de superar la operatividad limitada de los citados textos. Por ello, el texto de 1954 ha sido sustituido, siempre que los Estados parte de éste también lo sean de los convenios sectoriales, por el Convenio de La Haya de 1965 (arts. 1 a 7); por el Convenio relativo a obtención de prueba en el extranjero en

¹⁴⁷ En este sentido, A. PONSARD, "La Convention de La Haye du 1^{er} mars 1954 relative a la procédure civile", *Trav. Com. Fran. dr. int. pr. (1960-1962)*, ed. Dalloz, 1963, p. 47.

materia civil o mercantil, de 18 de marzo de 1970 (arts. 8 a 16) y por el Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de 25 de octubre de 1980 (arts. 17 a 26)¹⁴⁸.

Estos nuevos textos incorporan con una visión de conflicto¹⁴⁹ entre los intereses de los distintos Estados parte en los Convenios, que conduce a la necesidad de cesiones y concesiones mutuas¹⁵⁰, no sólo para la elaboración de los textos, sino, y más importante, para su plena eficacia. Tal es el caso, por ejemplo, de la limitación de las causas de rechazo de una forma especial perfilada en el texto de 1970¹⁵¹, o la inclusión de los Comisarios para la práctica de prueba en el extranjero¹⁵².

¹⁴⁸ BOE, 30 marzo 1988. Téngase en cuenta, además, que en este texto se incorpora una norma relativa a la protección de peritos y testigos cuando se desplacen al territorio del Estado requerido para la práctica de la prueba requerida.

¹⁴⁹ Frente al planteamiento anterior de la armonía (formal) de los intereses y de los mecanismos para protegerlos que parte de la homogeneidad de los ordenamientos jurídicos de los participantes, en contraposición a su postura frente a los países "common law". Por contra, en los convenios sectoriales que han sustituido al texto de 1954, el punto de partida es la heterogeneidad de los ordenamientos.

¹⁵⁰ Véanse B. ANCEL, "Le transfert international des informations nécessaires à l'administration du droit privé", *L'internationalisation du Droit. Hommage en l'honneur de Y. Loussouarn*, ed. Dalloz, 1994, p. 6; y J.M. ROGERS, "On the exclusivity of the Hague Evidence Convention", *Texas Int'l LJ.*, 1986, p. 450.

¹⁵¹ Véase, en este sentido la reforma de la regla 28 de las FRCP, citada, en la que se da validez a la prueba, incluso, cuando no se haya hecho una transcripción literal de la misma ("verbatim transcript"), supuesto que veremos, más adelante, referido a la forma especial.

¹⁵² Véase como un ejemplo de ambas "mejoras", la sentencia italiana de la Corte d'appello Brescia, de 28 noviembre 1991, en el asunto Stanadyne Automovile e al. c. a. w. M. Traverso, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992-2, pp. 397 y ss.; y L. FUMAGALLI, "Brevi note in tema di esecuzione in Italia di provvedimenti istruttori stranieri", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992-3, pp. 481 y ss. En esta sentencia se requiere, por una parte, un procedimiento especial para la recolección de la prueba, concretamente la "assumption" en derecho norteamericano y que ésta sea grabada por una videocámara; y, por otra, que la prueba sea ejecutada por un comisario.

El espíritu unificador de aquellos primeros textos no tuvo en cuenta la dificultad de uniformar normas relacionadas con la organización judicial del Estado¹⁵³. El convenio de 1970 ha apostado por la armonización¹⁵⁴, basada en los principios de tolerancia y utilidad¹⁵⁵.

El principio de tolerancia hace referencia a que las vías para obtener pruebas en el extranjero, las alternativas a la aplicación del derecho del foro, a ejecutar formas especiales en el procedimiento, así como la limitación de las causas de no ejecución, han de ser tolerables para el Estado que presta la cooperación, es decir, que todas aquellas

Téngase en cuenta que el art. 5 del Proyecto de Convenio sobre cooperación judicial internacional elaborado por la Harvard Law School, *AJIL*, 1939, Suplemento, pp. 13 y ss. Dicho texto ya integra a esta posibilidad para la práctica de prueba en el extranjero junto a la comisión rogatoria (art. 4).

¹⁵³ Véase G.A.L. DROZ, "La Conférence de La Haye...", cit., p. 170: "Une convention de La Haye destinée à être ratifiée par un très grand nombre d'États ne pouvait prétendre unifier les droits de procédure, car on sait que rien n'est aussi irréductible à l'unification que des règles intimement liées à l'organisation judiciaire des États" (subrayado nuestro).

¹⁵⁴ Véase Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 202. Esta voluntad ha sido ratificada, además, en varias de las Comisiones Especiales sobre el Convenio de obtención de pruebas. Así, en las conclusiones de la celebrada en 1978 sobre el uso de un modelo de comisión rogatoria o en la Comisión especial de 1989, en la que se trataba su función "aproximadora" entre distintos sistemas jurídicos, y la conveniencia, por ello de su utilización prioritaria. Véase, respectivamente, *ILM*, 1978-6, pp. 1425 y ss (esp. p. 1435); e *ILM*, 1989-6, pp. 1556 y ss.

Téngase en cuenta, además, que existe una versión en castellano de las Conclusiones de la Comisión especial celebrada en 1989. Véase A. BORRAS RODRIGUEZ, "El funcionamiento de los Convenios de la Haya de 1965 sobre notificación y de 1970 sobre obtención de prueba: La Comisión Especial de abril de 1989", *REDI*, 1989-2, pp. 660 y ss.

¹⁵⁵ Principios defendidos por la Delegación norteamericana y que posteriormente fueron incorporados al Convenio. Véanse cuáles eran estos principios en *ILM*, 1969, pp. 804 y ss. Sobre la influencia de la posición norteamericana en el Convenio de 1970, véase Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 203.

posibilidades han de respetar los principios en los que se inspiren sus normas procesales así como las facultades de su soberanía. Sería pues intolerable una actuación para la obtención de prueba en el Estado requerido en violación del derecho a un proceso con todas las garantías o la obtención de prueba directa que llevase aparejada el ejercicio inmediato de medidas de coerción por el Estado requirente en el territorio del Estado requerido.

Por otra parte, el significado del principio de utilidad de la cooperación va referido al otro Estado que interviene en la cooperación, es decir, al Estado requirente. Las vías de obtención de prueba, la posibilidad de la petición a los tribunales del Estado requerido de una forma especial, de utilizar el mismo ordenamiento que rige el resto del proceso también a la práctica de la prueba en el extranjero, todo ello va dirigido a tutelar el interés del Estado requirente a administrar justicia del modo más eficaz y rápido.

Así, si el Convenio de La Haya de 1970 ha admitido ciertas vías para la obtención de prueba distintas a la comisión rogatoria o la posibilidad de introducir una forma especial en la ejecución de la prueba, lo ha hecho para intentar que el material probatorio obtenido sea lo más eficaz posible en el proceso ante los tribunales del Estado requirente. Respecto a las vías de obtención de prueba, porque agilizan la práctica de la prueba y permiten una mayor rapidez en la resolución de los litigios. De otra parte, en el supuesto de la forma especial, también se permite una mayor eficacia de los resultados obtenidos en el proceso del Estado de origen o requirente pues se impide que puedan perder parte de su fuerza probatoria por haber sido ejecutados conforme a una ley extranjera, y sitúa en un plano de igualdad a la prueba ejecutada en el interior del Estado requirente de la ejecutada en el extranjero.

Por tanto, para que un supuesto se beneficie de las ventajas que ofrece el Convenio de 1970, es necesario que concurren en él ambos principios, ya que estos establecen un equilibrio de intereses necesario para alcanzar el fin de obtener prueba en el extranjero con el máximo beneficio para las partes y el mínimo perjuicio para los Estados intervinientes, y que, por tanto, exige la concurrencia de ambos en cualquier caso. Así, no entrarían en el Convenio aquellas fórmulas de obtención de prueba intolerables para el Estado requerido, aunque fuesen útiles para el Estado requirente, entre las que podría incluirse la "discovery" directa¹⁵⁶, ni aquella que aún siendo tolerables para el Estado requerido fuesen inútiles en el proceso pendiente o futuro en el Estado requirente.

Además, de la incorporación de estos dos principios informadores del Convenio, un ejemplo representativo de este esfuerzo para no defraudar los propósitos convencionales lo encontramos en la creación de

¹⁵⁶ La "discovery" directa consiste en que no sólo se pretende la obtención en el extranjero de cierta información para que, posteriormente, se incorpore al proceso norteamericano sino que, además, la no colaboración en dicha obtención acarrea no sólo perjuicios procesales sino, además, sanciones pecuniarias e, incluso, sanciones penales, salvo que esa no colaboración sea debida a una compulsión externa procedente del ordenamiento del Estado donde se encuentra situada la prueba y el requerido actúe diligentemente y de buena fe.

Sólo existen dos procesos en los que se haya aplicado esta opción de "discovery". El primero de ellos, fue la sentencia en el asunto *Société Internationale v. Rogers*, 357 US 197 (1958), y treinta años más tarde, el conocido como asunto *Aéropatiale*, al que nos referiremos, con posterioridad, más detenidamente.

El asunto *Société v. Rogers*, creó tal polémica entre los Estados Unidos y Suiza, que fue necesario el arbitraje de la Corte Internacional de Justicia y que concluyó con la Sent. de 21 marzo 1959 (*C.I.J. Arrêts*, 1959, pp. 6 y ss.), conocida como asunto *Interhandel*. Asimismo, esta sentencia generó una corriente jurisprudencia norteamericana en la que bien las sanciones por el incumplimiento de la "discovery" se calibran en función de la "good faith", que, en algunos casos puede suponer, también, la exclusión de la "discovery" misma. Téngase en cuenta, por todos, L.B. BROWNE, "Extraterritorial Discovery: An Analysis Bases on Good Faith", *Columbia LR*, 1983, pp. 1320 y ss.

la Autoridad Central¹⁵⁷ o el eventual uso de una forma especial en la ejecución de una prueba.

La Autoridad Central supone un intento de romper con la tradicional lentitud¹⁵⁸, utilizada como una estrategia obstaculizadora del proceso en la transmisión recepción de las comisiones rogatorias. Asimismo, limita a un plano razonable la intervención del Ejecutivo en estos supuestos (art. 3, pfo 2º Convenio de La Haya de 1970)¹⁵⁹, a quien se le encarga del control de los aspectos formales de la petición para una efectiva aplicación de las disposiciones convencionales¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Véanse más ampliamente sobre la incidencia de ésta en la cooperación judicial internacional, A. BORRAS RODRIGUEZ, "El papel de la "Autoridad Central": los Convenios de La Haya y España", *REDI*, 1993-1, pp. 63 y ss; y G.A.L. DROZ, "Regards sur le droit international privé...", cit., pp. 415 y ss.

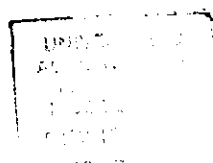
La influencia de la Autoridad Central ha trascendido de la Conferencia de La Haya ya que se incorporado a los Convenios CIDIP o al "Modelo para la celebración de convenio bilaterales en materia de obtención de prueba elaborado por el Comité Consultivo afro-asiático", cit. (art. 1 (d)).

¹⁵⁸ Un primer paso de agilización lo dio el texto de 1905 con la introducción de la vía consular para la transmisión de las peticiones a la "autoridad competente" en el Estado requerido. La dificultad para conocer qué autoridad lo era conduce a la necesidad de los canjes de notas para su concreción. En este sentido, véase G.A.L. DROZ, "Evolution du rôle des autorités administratives...", cit., pp. 130-132.

¹⁵⁹ Para ver la dimensión política de la asistencia judicial, véanse L. MIROT, "Une Commission Rogatoire internationale en 1395", *RHDFE*, 1929, pp. 277 y ss.; y A. HUET, *Les conflits de lois...*, cit., p. 361.

En el caso español, ténganse en cuenta E. PECOURT GARCIA, "Una institución singular...", cit., pp. 883 y ss.; y, entre otras, las Reales Ordenes de 1 diciembre 1840; de 21 enero 1853; y la Orden de 21 de julio de 1873, citadas. Véase, además, la intervención del Ministerio de Estado en el período referido, véase M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, cit., vol. VIII, 1894, pp. 8 y ss.

¹⁶⁰ En este sentido, véase G.A.L. DROZ, "Regards sur le droit international privé...", cit., p. 415.



Respecto a la forma especial, desde 1896 (art. 10)¹⁶¹ se ha incluido esta posibilidad en los textos de La Haya en cuanto al medio de prueba o al procedimiento para la ejecución de la prueba solicitada. Sin embargo, ésta sólo ha planteado algunos problemas por el desconocimiento, lo que se consideraba como un índice para considerarlo contrario al orden público, de un medio o un procedimiento de prueba en el Estado requerido hasta que entró a formar parte del texto de 1970 (art. 9) con fórmulas como la "cross-examination", desconocido en el proceso civil en los países de derecho continental¹⁶².

B. Los convenios sectoriales de La Haya.

A partir del Convenio de La Haya de 1965 se emprende una reforma parcializada de las distintas cuestiones tratadas en los convenios de La Haya hasta 1954. La incorporación de los países de "common law", que no se había producido con anterioridad dada las reticencias de Estados Unidos¹⁶³ y los problemas constitucionales del Reino Unido o

¹⁶¹ Y mantenido hasta el Convenio de La Haya de 1954. En estos textos la causa de no ejecución era la contrariedad, en un sentido muy amplio, a la legislación del Estado requerido. Véanse G.A.L. DROZ, "La Conférence de La Haye...", cit., p. 162; y F. MONIER, *Des commissions rogatoires...*, cit., p. 183.

¹⁶² Que a lo largo de siglo XIX fue motivo de numerosas protestas por parte de los Estados de derecho civil por las posibles "distracciones" de las que podía ser objeto. Así N. ALCALA ZAMORA, "Cross-examination", en *Cuestiones de terminología procesal*, UNAM, México, 1972, pp. 79 y ss.

No obstante, tras su inclusión en el texto de 1970, algunos Estados de derecho civil lo han incorporado a su ordenamiento como es el caso italiano (art. 69, 4º (forma) y 5º (procedimiento) de la ley de reforma de su sistema de Derecho internacional privado, citada), el francés (art. 739 NCPC francés) y el neerlandés (art. 233 apdo. 2, citado en E.P.A. KEYZER/ M.Th. NIJHUIS, "The Hague Evidence Convention: Practice in the Netherlands", *Leiden JIL*, 1989-1, p. 159).

¹⁶³ Quien se autoexcluyó voluntariamente ya que declinó la participación en la Conferencia de La Haya. En este sentido, véase K.H. NADELMANN, "The United States and the Hague Conferences on Private International Law", *AJCL*, 1952, pp. 268 y ss.

Irlanda¹⁶⁴, hacía necesaria esta aproximación de acuerdos parciales, en aras a una mayor eficacia negociadora y de resultados.

La primera novedad positiva de esta nueva etapa es la ya citada introducción de la Autoridad Central¹⁶⁵, a la que ya nos hemos referido, que no sólo se ha generalizado en todos los convenios procesales, en la búsqueda de una mayor rapidez en la transmisión de las solicitudes de cooperación sino que, además, una vez valorados los óptimos resultados se ha extendido también a otros convenios elaborados en el seno de la Conferencia e incluso ajenos a ella (CIDIP o bilaterales).

Destaca también el límite en las exclusiones del contenido convencional. Los textos anteriores a 1965 no contienen ningún límite a éstas que podían acordarse a través de convenios bilaterales, lo que permitía, a voluntad, desarrollar ciertos aspectos del convenio y dejar inoperantes aquéllos en los que no se estuviese de acuerdo. Los textos que modifican aquél contienen cláusulas tasadas de exclusión que protegen el "núcleo duro" de estos convenios a fin de no ver defraudadas

¹⁶⁴ Véase el art. 29 de la Constitución irlandesa, de 1 julio 1937, modificado en 1992.

Estos problemas constitucionales han conducido a que Irlanda se haya incorporado muy tardíamente al Convenio sobre notificación de 1965 (*BOE*, 6 febrero 1997) considerado como un texto base para el proceso con elemento extranjero comunitario, como lo demuestra la remisión expresa que se hace, por ejemplo, en el apdo. 2º del art. 20 Convenio de Bruselas, a pesar de la polémica abierta sobre la conveniencia de elaborar un texto comunitario propio sobre notificaciones.

¹⁶⁵ Esta novedad, positivamente valorada y extendida a otros Convenios elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya, sin embargo parece haber quedado caduca para algunos supuestos. Tal y como se desprende de la iniciativa de la Comunidad Europea de elaborar un Convenio específico de cooperación judicial, inicialmente referido a la notificación, en el que el punto de partida sea la descentralización en la recepción de las notificaciones. Véase el Acuerdo de los quince Estados de la Unión Europea para elaborar un proyecto de convenio relativo a notificación de los actos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil en base a un procedimiento en dos etapas, texto publicado en *Europe*, núm. 3724, de 13 abril 1996, pp. 11 y 12.

ni las expectativas creadas durante la negociación ni los fines convencionales (arts. 20 Convenio de La Haya de 1965 y 31 Convenio de La Haya de 1970).

C. El Convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero de 1970¹⁶⁶.

Iniciada esta nueva andadura por el Convenio de La Haya de 1965, el Convenio de 1970 se enfrenta a la necesidad de crear mecanismos capaces de armonizar los intereses concurrentes bajo los principios de tolerancia, para el Estado requerido, como Estado de situación de la prueba¹⁶⁷, ya que modula el respeto a la soberanía como lo demuestran las nuevas fórmulas de transmisión y la reduce a aquéllos supuestos en los que exista un ataque frontal a la misma y no meras suspicacias atávicas, y el de utilidad, tanto para el Estado requirente como para el litigante que ha pedido la práctica de esta prueba.

¹⁶⁶ En general, véanse, entre otras, H. BATTIFOL, "La XI^e session de la Conférence de La Haye de Droit international privé (obtention de preuves à l'étranger)", *Rev. crit. dr. i. pr.*, 1969, pp. 238 y ss; B. DUDOIT/P. MERCIER, "La onzième session de la Conférence de La Haye de Droit international privé", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, pp. 367 y ss; P. GOUGENHEIM, "Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale", *Clunet*, 1969, pp. 313 y ss; R.H. GRAVENSON *et al.*, "The Eleventh Session of The Hague Conference on Private Law", *ICLQ*, 1969, pp. 618 y ss; A. T. von MEHREN/W.L.H REESE/K.H. NADELMAN, "The eleventh Session of the Hague Conference on Private International Law", *AJCL*, 1968, pp. 580 y ss.; y D.M. EDWARDS, "Taking of Evidence abroad in civil or commercial matters", *ICLQ*, 1969, pp. 646 y ss. Desde la óptica del derecho español merece destacarse el planteamiento "oficial" del Ministerio de Justicia publicado en *BMJ*, suplemento al Boletín núm. 1756, pp. 5091 y ss.

¹⁶⁷ Tolerancia supone el respeto de los derechos de defensa y protección de terceros porque no sitúa a los litigantes ante la disyuntiva de elegir entre su defensa o la comisión de un delito o de la infracción de una norma imperativa en el Estado requerido.

Ambos principios que sirven de pilares sobre los que se levanta el puente de comunicación entre concepciones procesales distintas¹⁶⁸ no sólo inspiran la apertura a nuevas fórmulas de cooperación sino también la ejecución de las peticiones de cooperación dentro de cada una de ellas.

El objeto del Convenio de La Haya de 1970 es la obtención de prueba en el extranjero en materia civil y mercantil. Ya veremos, concretamente, qué concepto de prueba emplea toda vez que no existe un punto de partida uniforme entre los sistemas de "common law" y de derecho civil. Lo mismo ocurría con su ámbito material de aplicación¹⁶⁹, si bien esta cuestión ha sido progresivamente resuelta a

¹⁶⁸ Así, el Reino Unido, a través de una importante labor de conclusión de convenios bilaterales, rompió con la tradicional desconfianza de los países de derecho civil y, consecuencia de aquélla, con la condena al aislamiento. En este sentido, véase D. McCLEAN, *The Hague Conventions on the service of process, the Taking of Evidence and legalization*, Commonwealth Secretariat, Londres, 1979, p. 29.

Por el éxito que alcanzó la fórmula británica, fue la opción propuesta por la doctrina estadounidense para iniciar unas relaciones con Europa, en materia de cooperación judicial, escasas y restrictivas hasta ese momento. Lo cual se materializó en el "Draft Convention on Judicial Assistance of Harvard Law School", citado, pp. 65 y ss.

Como ejemplo de la desconfianza de nuestra doctrina frente a la de los países del "common law" influida por la doctrina francesa, concretamente por Foelix, véase, entre otros, J.R. de ORUE, *Manual...*, cit., p. 315.

Sin embargo, también encontramos en nuestra doctrina tempranos ejemplos de tolerancia ante el "common law". En este sentido, véase E. BRAVO, *Derecho internacional privado...*, cit., p. 127.

¹⁶⁹ Pese a que este problema es compartido con el Convenio sobre notificación, la interpretación en este caso es más liberal, puesto que el control es menos exhaustivo que en el de 1970. Ello ha permitido superar, por ejemplo, los problemas planteados en torno a los "punitive damages", de lo que es buen ejemplo la sentencia del Bundesverfassungsgericht, de 3 de agosto y 7 de diciembre de 1994, *ILM*, 1995, pp. 980 y ss. Téngase, en relación con esta sentencia, J. PRIRRUNG, "The German Federal Constitutional Court", en *E pluribus unum. Liber amicorum G.A.L. Droz.*, M. Nijhoff, 1996, pp. 337 y ss. (esp. pp. 348-349).

través del consenso alcanzado en sucesivas Comisiones especiales¹⁷⁰. Así, la celebrada en 1978, en la que se acordó la exclusión de las cuestiones penales, fiscales¹⁷¹ y administrativas, si bien con posterioridad se hicieron ciertas matizaciones¹⁷²; posteriormente, la celebrada en 1985 en la que se admitió la inclusión de los aspectos no penales de la quiebra, la calificación del supuesto según la naturaleza de la petición¹⁷³; y, por último, la celebrada en 1989 que extiende la

¹⁷⁰ Diseñadas para resolver las pequeñas cuestiones enojosas que se plantean en la aplicación del texto y que los negociadores no tuvieron o no pudieron tener en cuenta. En este sentido, G.A.L. DROZ, "Regards sur le droit international privé...", cit., p. 415.

¹⁷¹ Véanse las conclusiones alcanzadas por ésta Comisión, cit., pp. 1425 y ss.

Sobre los problemas de calificación como materia fiscal véase la sentencia inglesa de la House of Lords, de 16 febrero 1989, en el asunto *In re the State of Norway*, *ILM*, 1989-3, pp. 693-718. En este supuesto las autoridades noruegas, que reclaman el pago de impuestos ocasionados por la sucesión de un nacional (Sent. Court of Appeal, de 1986, *Lloyd's Report*, pp. 496 y ss.) solicitan la práctica de una prueba testifical en el Reino Unido, consistente en el interrogatorio de ciertos banqueros que administraban y administran los bienes del *de cuius*. Para el derecho inglés se trataría de una cuestión fiscal, mientras que para el ordenamiento noruego se trataría de una cuestión de derecho civil.

¹⁷² Existen, sin embargo, algunas materias que no tienen equivalente en derecho continental y que se sitúan en una zona gris de inclusión o no en el Convenio. Véase, en este sentido, la sentencia alemana del Oberlandesgericht München, 31 octubre 1980, en el asunto *Siemens AG v. Bavarian Ministry of Justice*, *RIW*, 1981, pp. 554 y ss. Esta sentencia trae su origen de asunto *Corning Glass v. ITT* (*ILM*, 1981, pp. 1025 y ss) en la que se interponía una acción por infracción de patentes y, posteriormente, ITT interpone una demanda reconventional en la que acusa a Corning de la celebración de acuerdos con Siemens para controlar las comunicaciones y la que se reclama la compensación del perjuicio ocasionado mediante "trebles damages". La petición de la práctica de la prueba se tramita conforme a los mecanismos previstos en el Convenio de La Haya de 1970, transmitiendo la petición a través del Ministerio de Justicia bávaro (Autoridad Central). La acción que da origen a esta prueba, para el ordenamiento alemán, no tiene naturaleza ni civil ni mercantil, lo que plantea un problema de aplicabilidad del propio Convenio.

¹⁷³ "Conclusiones de la Comisión especial de 1985 sobre la aplicación del Convenio de La Haya sobre obtención de prueba en el extranjero en materia civil y mercantil", *ILM*, 1985, pp. 1668 y ss.

Es decir, si un juez de lo contencioso requiriese la ejecución de una prueba de naturaleza civil esta prueba sí estaría dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1970. En este sentido, véase la Sent. de la High Court of Justice

posibilidad de aplicación a las materias de seguros, laborales, e incluso, la extensión del Convenio, mediante acuerdo bilateral, a materias excluidas de él, por tratarse de un concepto dinámico y autónomo¹⁷⁴.

El texto de 1970 se divide en tres capítulos. De ellos, los dos primeros están dedicados a las vías mediante las cuales pueden obtenerse pruebas en el extranjero, en el primer caso, mediante comisiones rogatorias y, el segundo, a través de funcionarios diplomáticos, consulares o comisarios. El tercer capítulo, por su parte, hace mención a los problemas específicos que se plantean en el seno de este Convenio (art. 23), especialidades respecto a los órganos de recepción y ejecución de las comisiones rogatorias o gastos (arts. 24 a 26); dicho capítulo establece, asimismo, la posibilidad de aplicación, ya veremos con qué alcance, de la "norma más favorable" para la cooperación (art. 27), y materias que son de libre disposición de los Estados contratantes (art. 28), disposiciones referentes a los anteriores textos de La Haya en materia procesal (arts. 29 a 31)¹⁷⁵. Por último, contiene una cláusula de compatibilidad con otros convenios, presentes o futuros, en la misma materia (art. 32), aspectos sobre los que caben posibles reservas (art. 33)

(Queen's Bench Division), de 28 febrero 1984, en el asunto *In re Santa Fe*, *ILM*, 1984, pp. 511 y ss. La petición, en este caso, procedía de la SEC, órgano administrativo, quien solicitó a las autoridades judiciales británica la práctica de una prueba testifical de empleados de una sucursal británica de un banco de nacionalidad luxemburguesa, prueba considerada por el ordenamiento británico de naturaleza civil.

¹⁷⁴ Véanse las Conclusiones a este Comisión Especial, cit., pp. 1556 y ss.

¹⁷⁵ Un caso excepcional lo constituye Rumanía, a la que todavía se le aplica el Convenio de La Haya de 1905, al no haber ratificado ninguno de los posteriores.

o declaraciones (art. 34)¹⁷⁶ y normas de derecho de los tratados (arts. 35 a 42).

En relación a las comisiones rogatorias, las novedades más importantes son: la extensión de su uso tanto a los procesos incoados como a los futuros (art. 1); la introducción en su transmisión de la Autoridad Central (art. 2); la exigencia de un contenido necesario (art. 3); el establecimiento de un control previo para reducir los supuestos de no ejecución (arts. 5 y 12); la transmisión de oficio cuando la destinataria no es la autoridad competente para la ejecución (art. 6); la introducción de limitaciones a la negativa de ejecución de una forma especial (art. 9); la introducción de reglas de exclusión del testimonio (art. 11); la reducción de las razones de inejecución (art. 12) y la exclusión de las razones de no ejecución de la existencia de una competencia exclusiva del Estado requerido (art. 13).

Junto a estas novedades, el Convenio de La Haya de 1970 ha buscado, además, alternativas a la cooperación que permitan resolver las tradicionales lacras de la lentitud y la onerosidad, sin necesidad de alternativas ajenas al propio Convenio a fin de elaborar un instrumento eficaz para la cooperación judicial internacional y la tutela judicial de los derechos. Sobre cada uno de estos aspectos nos detendremos más adelante.

¹⁷⁶ Véanse las reservas y declaraciones hechas por los Estados parte del Convenio de 1970 en *Guía práctica de los Convenios de La Haya de los que España es parte*, ed. preparada por A. Borrás y C. Bas Short, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, pp. 308 y ss.

3. Los Convenios sobre procedimiento de la Conferencia Interamericana de Derecho internacional privado (CIDIP I)¹⁷⁷. Convención de Panamá de 30 de enero de 1975 sobre exhortos o cartas rogatorias.

Al igual que ocurrió en Europa en torno a la Conferencia de Derecho internacional privado, en América surgió la necesidad de crear reglas, más o menos uniformes, de cooperación que aportasen certidumbre a las relaciones judiciales, en las que un alto porcentaje de cuestiones giran en torno a materias mercantiles y, por tanto, de alto interés económico.

A diferencia de las fórmulas generales de los primeros Convenios de La Haya, el Código Bustamante¹⁷⁸, primer intento codificador que incluía normas en materia de cooperación judicial internacional, se caracterizó por su rigidez, la misma que le condujo a ser ignorado por su incompatibilidad con las nuevas realidades. Los textos elaborados a partir de 1975, en la línea de una mayor eficacia, pretenden buscar la plena operatividad a través de la fragmentación de las distintas cuestiones

¹⁷⁷ Véase, en general, G. PARRA ARANGUREN, "Las seis convenciones suscritas en Panamá (1975) sobre derecho internacional privado", *Revista Fac. D^o Universidad Católica Andrés Bello* (Venezuela), núm. 27, 1980, pp. 9-40. Sobre la historia de la Codificación en América del Sur y los textos relativos al derecho procesal, véase D.P. FERNANDEZ ARROYO, *La Codificación del Derecho internacional privado en América Latina (Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas)*, ed. Beramar, Madrid, 1994, pp. 81 y ss.

¹⁷⁸ Pese a que éste no fue el primer texto elaborado en el seno de los países iberoamericanos, ya que lo es el Tratado de Montevideo 1889, sí fue aquél el tomado como referente por la CIDIP para la elaboración de las convenciones procesales. Véase, R. ABARCA LANDERO, "Convenciones interamericanas en materia procesal. Panamá 1975" (en adelante Convenciones interamericanas), en AA.VV. *Cooperación interamericana en los procedimientos civiles y mercantiles*, UNAM, México, 1982, pp. 617-619.

que se suscitan en el proceso con elemento extranjero, así como la utilización de reglas flexibles¹⁷⁹ y protocolos, como una fórmula para resolver los escollos que puedan plantear estos convenios¹⁸⁰.

El Convenio de Panamá de 1975, sobre exhortos y cartas rogatorias¹⁸¹, al igual que los textos de La Haya de 1965 y 1970, busca la armonización de las normas entre los Estados partes, además de su simplificación¹⁸². Al igual que éste último, la materia de prueba está dividida en dos convenios distintos: el citado de exhortos y cartas rogatorias, en el que es parte España¹⁸³, y el de recepción de pruebas en el extranjero¹⁸⁴, en el que no es parte¹⁸⁵.

¹⁷⁹ En este sentido, D.P. FERNANDEZ ARROYO, *La Codificación ...*, cit., pp. 246-247.

¹⁸⁰ El problema que se ha planteado se refería a la Convención sobre exhortos de 1975 puesto que Estados Unidos quería ser parte de ésta lo que no era posible por su propia estructura basada en una cierta homogeneidad de los Estados latinoamericanos. Véase, en este sentido, R. ABARCA LANDERO, "Convenciones interamericanas...", cit., p. 619. Este hecho desemboca en la elaboración de la Convención sobre recepción de prueba en el extranjero. Sin embargo, tampoco esta solución es del todo favorable porque no ha tenido la misma acogida que el primero. Por ello se levanta un puente entre ambos textos que es el Protocolo. Véanse *Actas y documentos. 2ª Conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado*, vol. I, Montevideo, 23 abril- 8 mayo 1979, pp. 389 y ss.

¹⁸¹ BOE, 15 agosto 1987.

¹⁸² En CIDIP I, se abordaron las cuestiones básicas de la cooperación judicial internacional y se desplazó a sesiones posteriores las cuestiones de matiz. Véanse *Actas y documentos CIDIP II*, cit., p. 253 y 262.

¹⁸³ Sobre las relaciones entre España y América y la Codificación, D. P. FERNANDEZ ARROYO, *La Codificación...*, cit., pp. 351 y ss.

¹⁸⁴ Reproducida en *Cooperación interamericana en los procesos civiles y mercantiles*, UNAM, México, 1982, pp. 733 y ss. Véanse, además, su Protocolo de 1980 y el Proyecto y explicación al mismo en *Actas y Documentos CIDIP II*, vol. II, pp. 525 y ss.

¹⁸⁵ La razón por la que España es parte de la Convención de exhortos y cartas rogatorias y no lo es del de recepción de prueba es bien sencilla: si el objeto de este último es crear un puente entre Estados Unidos y países de una tradición

La razón de este tratamiento diferenciado de cada una de las cuestiones relativas a la práctica de prueba en el extranjero responde a la misma necesidad de permitir el acceso a Estados de una tradición jurídica distinta que encontramos en el Convenio de La Haya de 1970. De otro lado, los Estados parte de la Convención de Panamá de 1975 pertenecen a una misma tradición jurídica y comparten una comunidad de principios inspiradores más o menos similares¹⁸⁶. Es por esta ausencia de países pertenecientes a una tradición jurídica distinta por lo que la única innovación a destacar es la incorporación de una Autoridad Central (art 4).

Es esta falta de convivencia de países pertenecientes a una tradición jurídica la que permite la permanencia de reglas que han desaparecido del texto de 1970 y que sí encontrábamos en el anterior de 1954, en el que, al igual que ésta, la base estatal era homogénea. Así, por ejemplo, en lo relativo a la posibilidad de utilizar un tramitación especial o formalidades adicionales (art. 10, pfo. 2º) se mantiene la referencia general a la no oposición a la legislación del Estado requerido, frente a la regla mucho más matizada del art. 9, pfo. 2º del Convenio de La Haya de 1970¹⁸⁷ o la relativa a las causas de exclusión de la ejecución (art. 17) frente a las de aquél (art. 12) y que se mantienen en la Convención sobre recepción de pruebas en el extranjero (art. 16).

jurídica distinta, España ya tiene un instrumento similar en el Convenio de 1970, aunque técnicamente pueda considerarse que reduce los problemas provocados en el seno de éste último.

¹⁸⁶ Véase, en este sentido, R. ABARCA LANDERO, "Convenciones interamericanas...", cit., p. 619.

¹⁸⁷ También introducida en la Convención sobre recepción de pruebas (art. 6) con unos perfiles similares a los del texto de La Haya de 1970.

Dos datos a destacar de esta Convención. En primer lugar, que se ha excluido la limitación a la materia civil o comercial y se permite, mediante declaración, la extensión a toda clase de jurisdicciones, incluso especiales, y al arbitraje (art. 16). Y, en segundo lugar, la Convención contiene una declaración expresa, coherente con el carácter básico que se autoatribuye, de la posibilidad de que Estados miembros pertenecientes a un sistema de integración económica puedan elaborar un texto en el que se contengan métodos más expeditivos (art. 14).

Por último, cabría cuestionarse qué atractivos tiene para algunos Estados parte de este Convenio su incorporación al texto de La Haya de 1970 y que, como veremos, plantea algunos problemas de aplicación al ser textos alternativos entre sí.

En primer lugar, el Convenio de La Haya pretende cubrir todos los aspectos de la obtención de prueba en el extranjero y permite múltiples posibilidades de eludir los aspectos más problemáticos a través de declaraciones y reservas, mientras que la Convención de Panamá complica la resolución de los problemas planteados tanto por la fragmentación en dos de las cuestiones relativas a la obtención de prueba en el extranjero cuanto por la introducción de los Protocolos, que, si bien flexibilizan aquélla, también dificultan la entrada en vigor de los textos.

Y, en segundo lugar, pese a que ambos textos incorporan reglas para la incorporación de cualquier Estado a ellos (arts. 39 del Convenio de La Haya de 1970 y 21 de la Convención de Panamá de 1975) es evidente que el de La Haya presenta un sustrato estatal más extenso, en el que conviven tradiciones jurídicas distintas y con el que se cubre un más amplio espectro de países con los que es posible establecer relaciones comerciales y, por tanto, de dar cauce para la solución de los

problemas derivados de la obtención de prueba en los litigios que sobre aquéllas puedan plantearse, como es evidente si observamos que la mayoría de los supuestos en los que se ha aplicado el Convenio se refieren a cuestiones mercantiles.

4. Convenios bilaterales celebrados por España.

No podemos dejar de hacer mención al temprano interés de nuestras autoridades por concluir convenios que permitiesen la comunicación de resoluciones judiciales¹⁸⁸ y de exhortos y otros actos judiciales¹⁸⁹ sin los inconvenientes propios de la territorialidad de la jurisdicción, si bien el grupo más numeroso lo componen aquéllos que resuelven aspectos puntuales de la cooperación judicial internacional, concretamente la supresión de la legalización¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Véase el Convenio con Cerdeña, de 30 de junio de 1851, sobre recíproco cumplimiento de las sentencias ó acuerdos expedidos por los tribunales de ambos países en materia civil ordinaria y comercial, en *Tratados de España (Documentos internacionales del reinado de Dña Isabel II, desde 1842 a 1868)*, Madrid, 1869, pp. 56-57.

¹⁸⁹ Convenio para el arreglo de las relaciones judiciales con Dos Sicilias, de 11 marzo 1854, (CL, T. 62, p. 65); Canje de notas sobre la asistencia judicial recíproca entre España y Japón, de 18 enero de 1924 (*Colección de tratados internacionales suscritos por España (1922-1925)*, vol. II, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1977, pp. 455-456); Canje de notas regulando la tramitación de exhortos en asuntos civiles ó comerciales y las citaciones á personas residentes en el extranjero entre España y el Reino Unido, de 28 mayo y 15 septiembre de 1910 (citado en M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, cit., Apéndice 1910, pp. 720-721).

Véase, además, el art. 8 del Tratado sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial celebrado con Suiza, citado.

¹⁹⁰ Véanse los acuerdos con Uruguay, de 16 julio 1901, (*Colección Oficial de Tratados, convenios y demás documentos de carácter internacional firmados por España desde 1900-1905*, Ministerio de Estado, Madrid, 1929, pp. 41-42); Estados Unidos para la supresión de legalización de los exhortos entre Puerto Rico, Filipinas y España (*GdM*, 28 octubre 1901); México, de 11 de octubre de 1901 (*GdM*, 9 enero, 1902); Argentina de 17 de septiembre de 1902 (*GdM*, 3 enero 1907) y Portugal de 7 julio (*GdM*, 15 julio 1903). También hubo un acuerdo con Chile de 16 agosto y 2 septiembre 1901 (*Colección Oficial...*, cit., pp. 91-92) que fue modificado unilateralmente por Real Orden de 28 de octubre de 1914 (*GdM*, 29 octubre).

Con posterioridad, la labor convencional se centra en la celebración de convenios bilaterales, complementarios de textos multilaterales de La Haya de 1905¹⁹¹ y de 1954¹⁹², en vigor, salvo que las partes acuerden lo contrario (art. 31 Convenio de La Haya de 1970 y la Convención de Panamá de 1975)¹⁹³. Más recientemente, predominan los convenios independientes de aquéllos, aunque no ajenos, ya que incorporan las mejoras introducidas en los últimos convenios multilaterales, así como un régimen completo para la resolución de los problemas relacionados con cuestiones de cooperación judicial internacional *stricto sensu*¹⁹⁴. Ha de destacarse, además, la especialidad del Convenio bilateral con Gran Bretaña¹⁹⁵.

¹⁹¹ Convenios bilaterales con Austria y Hungría, ambos de 22 de abril de 1912, en *Colección de tratados internacionales suscritos por España (1911-1921)*, vol. I, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1977, pp. 41-51.

¹⁹² Véanse el Acuerdo entre España y Francia, adicional al Convenio de La Haya de 1 marzo 1954 relativo al procedimiento civil, de 19 febrero 1968, (*BOE*, 11 mayo); Convenio entre España y la República de Austria, complementario del Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 relativo al procedimiento civil, de 14 noviembre 1979 (*BOE*, 8 agosto 1981); así como los arts. 4 a 15 del Convenio bilateral con Checoslovaquia; y arts. 3 a 19 del Convenio bilateral con Italia, citados.

¹⁹³ En este sentido, téngase en cuenta el Proyecto de Convenio con Uruguay, de 4 de noviembre de 1987 (*BOCG*, 15 abril) para la extensión del citado Convenio a las materias de arbitraje y contencioso-administrativa (arts. 20 y 21)

¹⁹⁴ Véanse, los convenios bilaterales con Brasil, China y Bulgaria. Téngase en cuenta, además, los arts. 5 a 11 del Convenio bilateral sobre asistencia judicial en materia civil celebrado con la antigua URSS, de 26 octubre de 1990 (*BOCG*, 10 abril), que no ha entrado en vigor.

Recuérdese, además, que tras la unificación alemana, no se produjo la sucesión en las obligaciones convencionales por lo que queda sin efectos el Tratado entre el Reino de España y la República Democrática Alemana sobre asistencia judicial en materia civil, de 3 de febrero de 1988 (*BOE*, 19 mayo de 1989).

¹⁹⁵ Convenio sobre mutua asistencia en procedimiento civiles y comerciales (*GdM*, 10 abril 1930). Ténganse en cuenta, además, las sucesivas extensiones a territorios bajo su soberanía, que nos recuerdan su vigencia.

La función de los primeros es la de cubrir la ausencia de disposiciones específicas que permitan hacer declaraciones y reservas *erga omnes*, y lo sustituyen por acuerdos *inter partes*. Existen, sin embargo, diferencias entre los textos complementarios al Convenio de 1905 y al de 1954: mientras que los primeros se refieren, exclusivamente, a la lengua a emplear en las peticiones de cooperación (arts. 3, art. 10 y 19.3º del Convenio de 1970), los del Convenio de 1954 introducen ciertas mejoras y modificaciones sobre el texto original.

Así, por ejemplo, los convenios bilaterales nacidos para dar eficacia al Convenio de La Haya de 1954 incorporan la transmisión a través de los Ministerios de Justicia en lugar de la vía consular (art. 9 *in fine*)¹⁹⁶ para agilizar la cooperación, limitación de la práctica de la prueba por los cónsules (art. 15 Convenio de La Haya de 1954) a aquellos que conforme a la ley del Estado requerido sean considerados nacionales del Estado requirente¹⁹⁷ o la exclusión de la existencia de una competencia exclusiva para la no ejecución de una comisión rogatoria¹⁹⁸ además de algunos refuerzos a la cooperación a los que nos referiremos más adelante. En todo caso, salvo que los Estados interesados acuerden lo contrario, aquéllos textos continúan en vigor, incluso cuando sean parte del texto de 1970 (art. 31).

¹⁹⁶ Así, art. 1 del Convenio con Francia, art. 2 del Convenio con Austria, y art.4 del Convenio con Italia.

En el caso del Convenio con Checoslovaquia, adopta la denominación de "Autoridad Central" (art. 3). Este Convenio está en vigor a través de la sucesión en las obligaciones derivadas de este convenio mediante el intercambio de notas de 21 de marzo de 1994 y 2 de febrero de 1995 con República Checa y Eslovaquia.

¹⁹⁷ Téngase en cuenta el art. 5 de los Convenios bilaterales con Francia, Italia y Austria.

¹⁹⁸ Compárese con el art. 6 del Convenio bilateral con Austria, de especial interés ya que no es parte del Convenio de 1970. Este Convenio, además, establece como obligatoria la información sobre la ejecución de la comisión rogatoria, sin necesidad de que el Estado requirente la solicite (art. 7).

En los convenios de Brasil, China y Bulgaria se han incorporado alguna de las mejoras contenidas en el Convenio de La Haya de 1970¹⁹⁹ (Autoridad Central²⁰⁰, forma especial²⁰¹, límites a la no ejecución²⁰² y prueba practicada directamente por los funcionarios consulares y diplomáticos sobre los nacionales del Estado requirente, sin coacción²⁰³) y otras que no lograron incorporarse a aquél, como la elaboración de un modelo anejo para reducción de la no ejecución apoyada en razones formales²⁰⁴. Sin embargo, a diferencia del

¹⁹⁹ Si bien el Convenio bilateral con Brasil también extiende estas mejoras a la material laboral y contencioso-administrativa (art. 1.1).

²⁰⁰ Véanse los Convenios bilaterales con Brasil (art. 1); China (art. 3) y Bulgaria (art. 1.2°).

²⁰¹ Véanse los Convenios bilaterales con Brasil (art. 11.2°); China (art.12.1°) y Bulgaria (art. 13. 2°).

Debe destacarse, además, la diferencia de los límites al uso de un procedimiento especial en la ejecución de la prueba: en el Convenio con Brasil se limita si aquélla atenta contra el orden público del Estado requerido y se incorpora, además, en el caso de la prueba de testigos o peritos, la transcripción íntegra, en la medida de lo posible, del testimonio, similar, por tanto a la reivindicación norteamericana de la "*verbatim transcript*" (art. 11.1°); en el Convenio con China, la exclusión de la forma especial proviene de su incompatibilidad con la legislación del Estado requerido, lo que podría identificarse o con el orden público o con la interpretación de la "incompatibilidad" del Convenio de La Haya de 1970; y, por último, el Convenio con Bulgaria contiene una copia del art. 9 del Convenio de La Haya de 1970, es decir, la negativa a la ejecución cuando sea incompatible o imposible (art. 13). No es ésta la única coincidencia entre ambos textos ya que el texto bilateral incluye también la fórmula genérica de "otros actos judiciales" del art. 1 Convenio de La Haya de 1970 bajo la forma de las "diligencias que se estime oportunas en el marco de un procedimiento" (art. 11).

²⁰² Expresamente se excluye la existencia de una competencia exclusiva del Estado requerido como causa de no ejecución en el Convenio bilateral con Brasil (art. 8) y, ya que se formulan taxativamente las causas de denegación, implícitamente, en el Convenio bilateral con Bulgaria (art. 14 "...sólo podrá ser denegada...").

Además, el Convenio bilateral con China prevé como causa de no ejecución la incompetencia del tribunal de origen (art. 5).

²⁰³ Véanse los Convenios bilaterales con China (art. 12.2°) y Bulgaria (art. 17).

²⁰⁴ Véanse los Convenios bilaterales con Brasil (art. 4) y China (art. 11). En el Convenio bilateral con Bulgaria existe un modelo anejo que sólo se aplica a la

Convenio de La Haya de 1970, no se incluyó ninguna disposición relativa a las exenciones para declarar, cuyo único significado es que sólo serán consideradas como tales las que prevea el ordenamiento del Estado requerido, y, sin embargo, se incorporan disposiciones para la inmunidad de testigos y peritos que se trasladen al Estado requerido para prestar declaración²⁰⁵.

Por último, el Convenio con Gran Bretaña pretendía crear un clima de "normalidad" con países pertenecientes a una tradición jurídica distinta²⁰⁶ y romper con su aislamiento respecto del resto de países europeos, al mismo tiempo, que incorporar a la práctica internacional alguna de sus especialidades a fin de que sus peticiones de cooperación judicial internacional fuesen tolerables para el Estado requerido y útiles para los procedimientos pendientes ante los tribunales británicos. El interés de este Convenio, nacido al margen de los Convenios de La Haya, es su posterior "integración" en el texto de 1970, en especial por la regulación pormenorizada que hace aquél de la prueba ejecutada por comisarios (art. 9 y ss. del convenio bilateral).

notificación (art. 7) mientras que para la petición de pruebas se formula un contenido mínimo (art. 11).

²⁰⁵ Véanse los Convenios bilaterales con China (art. 16) y Bulgaria (art. 16).

²⁰⁶ Con anterioridad, nuestro país había iniciado, unilateralmente, una aproximación a las peculiaridades del ordenamiento británico. En este sentido, véanse la Circular sobre reglas acerca de la expedición de exhortos para las Autoridades de Inglaterra, de 14 noviembre 1853 (*CL*, T. 60, p. 378), extendido a Estados Unidos por "la igualdad de la legislación de ambos países". Véase, en este sentido, J.M. MANRESA Y NAVARRO, *Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 87; y J. VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico...*, T. II, cit. *supra*, p. 66.

Téngase en cuenta, además, la Real Orden incluyendo una nota dirigida al Ministerio de Estado por el Embajador de Gran Bretaña sobre citaciones y notificaciones de personas residentes en Inglaterra, de 22 mayo 1911 (*GdM*, 27-28, Mayo 1911).

CAPITULO III

LA RELACIONES DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1970 SOBRE OBTENCION DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO CON LOS DISTINTOS REGIMENES DE COOPERACION JUDICIAL INTERNACIONAL

I. Introducción.

Tanto el Convenio de La Haya de 1970 como la Convención de Panamá de 1975, establecen toda una serie de relaciones con las regulaciones autónomas relativas a la obtención de prueba en el extranjero. En unos casos, las desplazan para la aplicación prioritaria del régimen convencional. En otros casos interactúan con ellas para dar respuesta a aquellos aspectos que el Convenio considera deben ser cubiertos por las regulaciones procesales autónomas.

En primer lugar, ciñéndonos al Convenio de 1970, es evidente la necesaria coordinación que requiere dicho texto para su efectiva aplicación con los regímenes autónomos de cooperación. En efecto, el texto de 1970 establece un marco general formado por mecanismos de transmisión, contenido mínimo de las peticiones de cooperación o cauces de cooperación, entre otras cuestiones, a fin de que se pueda obtener como resultado un material probatorio situado en el extranjero con el menor sacrificio para todos sus participantes. Es, por tanto, necesario el concurso del derecho autónomo para cubrir ciertos aspectos que el Convenio no pretende unificar.

Si bien es cierto que la absoluta uniformidad en la obtención de pruebas en el extranjero no es el objetivo del Convenio, sino el de

conseguir un mínimo común denominador en la cooperación, no es menos cierto que el texto de 1970 busca, como objetivo mediano, estimular al legislador nacional para que a través de la modificación de sus normas autónomas optimice las disposiciones convencionales.

Sin embargo, no todas las relaciones que pueden darse entre el Convenio y los derechos autónomos son pacíficas. Buena muestra de ello podemos encontrarla en las relaciones entre el Convenio de La Haya y el ordenamiento procesal norteamericano, desencadenante de todo el debate sobre la naturaleza del Convenio y su relación con los derechos nacionales. Este hecho no resulta gratuito, sino que obedece a razones, históricas y de índole interna, que expondremos brevemente a continuación.

En efecto, la historia de las relaciones judiciales entre Estados Unidos y los países de tradición civilística o continental ha venido caracterizada por el aislamiento de los Estados Unidos en el terreno de la cooperación judicial internacional en materia civil. Dicha historia, asimismo, está jalonada por los reveses infligidos a aquél por los países de Derecho civil como consecuencia de dos órdenes de razones: las diferentes concepciones del proceso sostenidas a uno y otro lado del Atlántico, y la agresividad de los medios de obtención de prueba utilizados por los tribunales norteamericanos. La firma, y posterior entrada en vigor, del Convenio de la Haya de 1970, vino acompañada de las comprensibles expectativas de que los problemas derivados de estas situaciones históricas serían conjurados al fin¹.

¹ Véase, P. GOTTWALD, "Limits to Extraterritorial Effects of Judicial Act", *C.J.Q.*, 1990, p. 61. Afirma este autor que los problemas procesales no son más que la punta del iceberg de conflictos más profundos entre Estados Unidos y los países de derecho civil.

Junto a las citadas razones de índole histórica se unen, además, otras que proceden tanto de la estructura federal de Estados Unidos, con ejercicio de competencias en materia procesal por parte del Congreso y de los Estados, como de la propia actitud de los tribunales estadounidenses, que han venido sujetando sus actuaciones, incluso cuando resulta afectado un Estado extranjero, a una estricta regla de unilateralidad². La entrada en vigor del Convenio de la Haya de 1970 supondrá, lógicamente, una exigencia de cambio de mentalidad para estos tribunales.

Por otra parte, podemos encontrar otra de las vertientes de las conflictivas relaciones entre el Convenio de La Haya de 1970 y el ordenamiento procesal estadounidense a partir de la hostilidad generalizada de los demás países contra la "discovery", como es sabido, uno de los pilares del derecho procesal norteamericano. Los negociadores de Estados Unidos tenían la esperanza de salvar esta hostilidad a través de la inclusión de la "discovery" en el ámbito de aplicación del Convenio, sin que, sin embargo, ello conllevara ninguna limitación a aquélla. Es evidente, no obstante, como tendremos oportunidad de analizar en el capítulo siguiente, que la "discovery" está incluida en aquél, si bien para su práctica será necesario que se ajuste a los límites del derecho del Estado requerido. Es decir, que desde el punto de vista norteamericano perdería rapidez, economía y eficiencia para convertirse en una, más o menos, típica fórmula de cooperación judicial internacional.

² La formulación unilateral sirve para preservar la acción federal respecto de las actuaciones de los Estados, ausentes en los tratados internacionales. En este sentido, S.B. BURBANK, "The Reluctant Partner: Making Procedural Law for International Civil Litigation", *L. & Contemp'y Pr.*, 1994-3, pp. 103 y ss.

En último lugar, la inclusión del art. 23, propuesta por el Reino Unido con el fin de resolver una cuestión precisa entre su ordenamiento y el norteamericano, fue considerada como un verdadero ataque frontal contra Estados Unidos, ya que hace referencia expresa a la exclusión de la ejecución de la petición de práctica de prueba cuando se utilice un método de obtención de material probatorio específicamente norteamericano como es el "pre-trial discovery of documents", cuestión ésta a la que nos referiremos con mayor profusión en el siguiente capítulo.

Si, como parece, el problema sólo afecta a las relaciones entre el Convenio y Estados Unidos, la cuestión es por qué un conflicto que parece perfectamente localizado en una de las orillas del Atlántico ha terminado por extenderse también a la orilla europea. No creemos que la respuesta que pueda darse a esta cuestión sea simple. Es evidente, en primer lugar, la seductora construcción de la doctrina norteamericana y de un sistema procesal rápido y eficaz, por oposición al formalista y, por tanto, a la postre, lento sistema continental. Sin embargo, no debemos dejarnos atrapar por este canto de sirenas que nos muestra que no siempre el proceso norteamericano es tan rápido, eficaz y justo, que la "discovery United States style" no está exenta de problemas equiparables a los que plantea nuestras fórmulas para la obtención de prueba.

Una segunda consideración, no menos importante, es evidente la repercusión de las decisiones judiciales norteamericanas sobre obtención de prueba en Europa por la importante interdependencia económica que lleva a la creación de filiales de empresas europeas en Estados Unidos. Lo que termina afectando también a las empresas matrices europeas y, por último, a la economía de los países europeos, como lo demuestra, por ejemplo, las denominadas normas de bloqueo, a las que nos

referiremos más adelante.

Por último, la extensión de la discusión sobre las relaciones entre el Convenio de 1970 y el ordenamiento procesal estadounidense a los países europeos resulta muy atractiva porque impulsa al entendimiento entre concepciones jurídicas distintas y abre la posibilidad de incorporar mejoras en el ordenamiento propio. Se corre, sin embargo, a nuestro juicio, el peligro de caer en planteamientos maniqueístas de formalismo frente a efectividad. Como veremos a continuación, la jurisprudencia norteamericana y su refuerzo dogmático olvida, en ocasiones, algunas consideraciones fundamentales para dar una respuesta verdaderamente satisfactoria a la cuestión planteada de las relaciones entre el texto convencional y el nacional.

II. Relaciones del Convenio de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero con el derecho autónomo norteamericano³.

1. Introducción.

Ya hemos señalado las causas que pudieron justificar el planteamiento de la aparición de la disputa sobre la naturaleza del Convenio de 1970 y su relación con los ordenamientos nacionales. La consecuencia fue la búsqueda de un cauce que permitiese a los Estados Unidos volver a la situación preconvencional, es decir, a la aplicación de las FRCP de 1964 y la Sección 1782 del Título 28 del United States

³ Para una visión de conjunto de toda la jurisprudencia norteamericana relativa a los conflictos planteados en torno a la relación del derecho convencional y el autónomo, véase, en general, T. J. PERCY, "Judicial Treatment of the Hague Convention and the worth of International Judicial Comity: in *Re Anschuetz and Co*", *The American University of International Law and Policy*, 1987-1, vol. 2, pp. 331-360.

Code (USC), revisado en 1963. Para ello, los Estados Unidos comienzan a utilizar el art. 27 del Convenio como una auténtica cláusula de escape del mismo, a fin de poder operar con sus normas procesales internas, pasando por encima de la consideración de que dicho artículo está pensado para objetivos *pro* convenio y no *extra* convenio.

Probablemente, en el momento de su elaboración a nadie se le ocurrió que un artículo pensado para maximizar y dinamizar la cooperación a través de la aplicación de las normas internas más ventajosas y flexibles para la cooperación⁴ y de sus modificaciones en esa misma línea, fuese a convertirse en una carga de profundidad contra el propio Convenio. Sin embargo, los tribunales norteamericanos poco familiarizados con las prácticas procesales de los países de derecho civil y compelidos a la protección de sus litigantes, encontraron en el citado art. 27 el cobijo a la entrada de su Derecho gracias a la remisión que el Convenio hace a los ordenamientos nacionales. Esta interpretación es evidente que no se corresponde con el tenor literal del citado artículo, en el que las referencias que contiene remiten de modo claro al Estado requerido⁵.

⁴ En este sentido, véase J.M. SANDMAN, "Gathering evidence abroad: The Hague Evidence Convention revisited", *Law and policy in international business*, 1984, pp. 963-1004 (esp. 979).

⁵ El art. 27 dispone:

"Las disposiciones del presente Convenio no impedirán que un Estado Contratante:

- a) Declare que se podrán remitir Comisiones Rogatorias a sus autoridades judiciales por vías distintas de las previstas en el artículo 2º;
- b) Permita, de conformidad con su legislación o costumbres internas, ejecutar en condiciones menos restrictivas los actos a que dicho Convenio se aplique;
- c) Permita, de conformidad con su legislación o costumbres internas, métodos de obtención de prueba distintos de los previstos en el presente Convenio."

Referencia al Estado requerido que parece ser evidente para quienes, en los primeros momentos, abogaron por la presencia de Estados Unidos en el Convenio. Véase, en tal sentido, Ph. W. AMRAM "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., pp. 211 y ss; y lo recuerda la Delegación Suiza en la Comisión especial de 1989

Sin embargo, el tenor literal del art. 27 se vio alterado por una interpretación "bilateral" hecha por los tribunales norteamericanos. Según dicha interpretación, en resumen, cuando Estados Unidos se encuentre en posición de requirente podrá ser de aplicación sus normas procesales federales ("Federal Rules of Civil Procedure", en adelante FRCP) en lugar de las normas del Convenio, para la petición, ejecución y métodos en la obtención de la prueba situada en el extranjero⁶. La razón de dicha interpretación estriba en que los tribunales estadounidenses consideran las FRCP más flexibles y menos restrictivas para la cooperación. Olvida esta interpretación, sin embargo, que el art. 27 es una excepción y, como tal, debe ser interpretado restrictivamente, por lo que la operación de extensión de sus normas internas que lleva aparejada no tiene cabida en el Convenio⁷.

Esta interpretación, que nosotros criticamos, ha sido la desencadenante de la polémica en torno a la naturaleza exclusiva o no del Convenio. Dicha polémica, en realidad, se puede considerar una cortina

"Documento de trabajo núm. 1" de la Comisión especial celebrada en abril 1989.

⁶ Véase, R.B. von MEHREN, "Discovery of Documentary and Other Evidence in a Foreign Country", *AJIL*, 1983, p. 897. Véanse, como ejemplos en los que el art. 27 es interpretado en este sentido, las sentencias de la Superior Court Stamford/Norwalk, District State of Connecticut, de 22 julio 1982, en el asunto Cuisinarts Inc v. Robot Coupe, *Les nouvelles...*, 1984, vol. III, p. 166; Court of Appeal, First District, State of California, de 23 septiembre 1981, en el asunto Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Superior Court, *Les nouvelles...*, cit., vol. III, p. 164; US District Court Eastern District of Pennsylvania, de 16 noviembre 1983, en el asunto Philadelphia Gear Corporation v. American Pfauter Corp. *et al*, *Les nouvelles...*, III, p. 170; Superior Court of New Jersey Law Division, Passaic County, de 1 julio 1983, en el asunto Van Dongen c. Arbug Maschinenfabrik y Polymar Machine Corp., *Manuel pratique...*, p. 139.

Téngase en cuenta, además el Informe de la SEC como "Amicus curiae", en el asunto "Aérospatiale", *ILM*, 1986-6, p. 1525.

⁷ Véase, en este sentido, "The Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in the Civil or commercial matters: The exclusive and mandatory procedures for Discovery Abroad", *U.Pa.L.Rev.*, 1984, p. 1481.

de humo que oculta la necesidad en que se ve Estados Unidos de enmendar una serie de errores y malentendidos cometidos en un período de tiempo que va desde la propuesta de revisión del capítulo relativo a las comisiones rogatorias del Convenio de 1954 (Capítulo II) hasta su conclusión. El error desencadenante radica en la excesiva precipitación con que Estados Unidos demandó la revisión citada del Convenio de 1954, que, entre otras consecuencias, originó el que no dispusiesen de margen temporal suficiente para explicar a las demás delegaciones el significado del "pre-trial" y, como consecuencia de ello, el texto que finalmente se aprobó no respondiese a las expectativas que motivaron la petición de revisión del texto de 1954⁸.

2. Las diferentes tesis acerca de la aplicación del Convenio de La Haya de 1970 en relación con el régimen autónomo de cooperación judicial internacional.

En concreto, son dos las situaciones en la que se plantea el problema de las relaciones derecho convencional con el derecho autónomo. La primera, defendida por parte de la jurisprudencia norteamericana, es aquella en la que no existe una concurrencia de normas convencionales y autónomas porque, a pesar de que la prueba está situada en el extranjero, se trata de la práctica de la prueba en el Estado requirente y, por tanto, de un supuesto puramente interno.

Es posible, además, una segunda situación en la que sí concurren normas convencionales y autónomas y en las que se plantean problemas de relación entre ambas. Para los países de tradición continental no existe tal concurrencia porque las normas convencionales sustituyen a las

⁸ Para un análisis más en profundidad de las circunstancias que impulsan a Estados Unidos a buscar alternativas al texto de 1970, véase S.B. BURBANK, "The Reluctant Partner...", cit., pp. 134 y ss.

autónomas en los aspectos coincidentes y en los no coincidentes las normas procesales nacionales suplen los aspectos no regulados por los convenios. Por tanto, el problema de las relaciones entre ambas normativas debe limitarse a los problemas que el Convenio de La Haya de 1970 plantea en relación a las normas procesales federales norteamericanas, y concretamente, a las FRCP.

En la primera de las situaciones apuntadas es posible crear lo que hemos denominado "ficción geográfica" gracias a la concurrencia de dos elementos: de una parte, a la duplicidad de fases que concurren en la "discovery"; y, de otra, a la existencia de una sujeción personal a los tribunales norteamericanos de quien debe aportar la prueba situada en el extranjero⁹.

La "discovery", como veremos, es un medio para obtener pruebas, para asegurar que las partes puedan utilizar las prueba en el proceso, no es un medio de prueba¹⁰. Mediante ésta se recoge todo tipo de información genérica relacionada con los "pleadings" iniciales de las partes. Así, la "discovery" se utiliza para la precisión de éstos, para la concreción de las pretensiones de las partes, en definitiva para la determinación del objeto del proceso.

El material obtenido por la "discovery" es lo que podríamos

⁹ Véase, en este sentido, A. HECK., "U.S. misinterpretation...", cit., p. 251.

¹⁰ Así, en derecho inglés se califica como "prueba indirecta" porque incide indirectamente en el *thema decidendi*. Véase en este sentido, la sentencia de la Queen's Bench División, de 6 febrero 1955, en el asunto Radio Corporation of América v. Rauland Corporation and others, *Queen's Bench División*, pp. 618 y ss.

Téngase en cuenta, además, las consideraciones a este respectos referidas al ordenamiento estadounidense, R.B. von MEHREN, "Discovery...", cit., p. 896; y J.M. ROGERS, "On the exclusivity...", cit., p. 459.

calificar de "prueba en bruto". Para que este material pueda transformarse en prueba, esto es, en material susceptible de demostrar la existencia de un hecho y de lograr la convicción del juez, debe superar los filtros de la admisibilidad. Es decir, la prueba debe ser relevante para la decisión del litigio. El control de la admisibilidad, de la relevancia del material se determina por el juez norteamericano, lo cual quiere decir que no existe la prueba hasta este control, por tanto, la "aparición" de la prueba es un hecho puramente interno, producido en territorio norteamericano. Así, a partir de este momento, todo lo relativo a la prueba es puramente interno.

Por otra parte, se refuerza la naturaleza puramente interna y, por tanto, la inaplicabilidad del Convenio de 1970, cuando se requiere a una parte sometida personalmente a los tribunales estadounidenses ("personal jurisdiction") la aportación de material probatorio, no de una prueba *sensu stricto*, situado en otro Estado. En este caso, no se aplicaría el Convenio porque, en realidad, faltaría uno de los presupuestos para su aplicación puesto que la prueba no se practica en el extranjero, tan sólo el material del que podrá extraerse la prueba, es decir, el material dirigido a lograr la convicción del juez o a demostrar la existencia de un hecho está situado en el territorio de un Estado distinto al que conoce del litigio principal, ya que es, en este último, donde se practicará la prueba. Se trata, por tanto, de una prueba practicada en el territorio propio, es decir, de un supuesto puramente interno y, por tanto, excluido de la aplicación del Convenio de 1970.

La segunda situación en la que se plantea la relación entre el Convenio de La Haya y las normas procesales autónomas es la que ha dado origen a las distintas tesis de aplicación del Convenio. Los supuestos en los que cabe esta segunda situación son aquéllos en los que

no existe sujeción personal a los tribunales norteamericanos. No obstante, deben diferenciarse dos situaciones según se trate de la no sujeción de una de las partes o la no sujeción de un tercero. En la primera, el demandado puede no estar sometido territorialmente a los tribunales estadounidenses pero, en la mayor parte de los supuestos, existe una sucursal o una filial que sí estará sometida a los tribunales norteamericanos y sobre la cual podrá ejercerse la coerción necesaria para la "colaboración" procesal. Así, puede considerarse que este supuesto es próximo a la situación primera que hemos señalado.

La jurisprudencia y la interpretación oficial utilizada por Estados Unidos admiten la posibilidad de que pueda acudir a la aplicación del Convenio cuando se requiera práctica de la prueba a un tercero no sujeto a los tribunales norteamericanos. Sin embargo, tampoco cabe plantearse la aplicación del Convenio de La Haya de 1970 y, por tanto, que exista un problema de concurrencia entre el derecho convencional y el autónomo, cuando las partes o el tercero requerido colaboran voluntariamente con los tribunales norteamericanos. El planteamiento es simple: si la cooperación del Estado requerido se solicita cuando es necesario obtener una prueba en su territorio y deban utilizarse para ello los medios de coerción previstos en su ordenamiento, no es necesario pedir la cooperación del Estado requerido cuando pueda obtenerse, con el concurso voluntario de las partes o de un tercero, la prueba situada en su territorio y, por tanto, huelga el uso del Convenio.

En las tesis elaboradas sobre la obligatoriedad en la aplicación del Convenio pueden identificarse dos argumentaciones, la que aboga por la aplicación exclusiva del Convenio y la que lo hace por el carácter no exclusivo del mismo. La primera se apoya en los trabajos preparatorios y en los objetivos del Convenio, tesis defendida por los países

pertenecientes a la tradición continental europea y por alguna resolución aislada norteamericana¹¹.

La segunda tesis, de la aplicación no exclusiva del Convenio de 1970, la defiende, frente al mundo, Estados Unidos¹² si bien, no son homogéneos los criterios que se utilizan para apoyar ésta. Los tribunales federales norteamericanos (Federal Courts) defienden la no exclusividad del Convenio de La Haya de 1970, para lo cual alegan el carácter facultativo que se desprende de la literalidad del Convenio. Por su parte, los tribunales estatales (State Courts), si bien aceptan el carácter no exclusivo, defienden la aplicación preferente del Convenio ("first use") frente a las normas procesales autónomas¹³. Diferencia de posiciones que puede ser una de las claves para entender el estallido final que

¹¹ En este sentido véase la sentencia en el asunto *Cuisinarts Inc v. Robot Coupe*, citada. En ésta se señala que "eliminate need for counsel to depend on the vague and uncertain duties imposed by international comity".

¹² Véanse las razones para el uso de esta afortunada expresión en J.S. McLEAN, "The Hague Evidence Convention. Its Impact on American Civil Procedure", *Loyola L.A.I.L. & Comp.J.*, 1986-1987, p. 59; y A.F. LOWENFELD, "International Litigation and the Quest of reasonableness", *R. des C.*, 1994-I, p. 191.

Recuérdese que las críticas a la actuación norteamericana por la aplicación extraterritorial de sus normas amparándose en la sujeción personal a sus tribunales no sólo afecta a países de tradición civilista sino que también a países pertenecientes a su misma tradición. Nos referimos en este trabajo principalmente a los conflictos planteados entre Estados Unidos y el Reino Unido.

No deben, sin embargo, olvidarse los enfrentamientos con otros países pertenecientes al "common law". Así, ténganse en cuenta, por ejemplo, las disputas con Canadá. En este sentido, véanse, entre otras, las Sents. de Queen's Bench, Manitoba, de 18 octubre 1993, en el asunto *Rainbow Technologies Inc v. Kevin Smeltz and others ILP*, 1995-9, pp. 571 y ss.; Ontario Court of Justice, de 30 mayo 1995, en el asunto *W.R. Grace CO v. Brookfield Development Corporation, ILP*, 1996, pp. 390 y ss.; Ontario Court of Justice (General Division), de 30 agosto 1995, en el asunto *World Youth Day Inc. v. Norman Perry and others, ILP*, 1996, pp. 257 y ss.; y Ontario Court of Justice (General Division), de 10 abril 1996, en el asunto *Max Fecht and Others v. Deloitte 7 Touche and Other, ILP*, 1996, p. 585-586.

¹³ Sobre otras posiciones respecto a la relación del Convenio de La Haya con el ordenamiento autónomo, véase, W.L. WILKS/N. E. GOLDBERG, "The Unsolved Problem in Taking Evidence Abroad: The Non-Rule of *Aerospatiale*", *Dickinson J Int'l L.*, 1988-1, p. 66.

supuso el asunto Aérospatiale¹⁴ y que ha actuado como un revulsivo materializado en la reforma norteamericana de las FRCP y en la declaración de la Comisión especial de 1989 sobre el Convenio de La Haya de 1970 en un intento de reconducir las voluntades a la búsqueda de un consenso *ad futurum*¹⁵.

En la exposición de las distintas tesis acerca del grado de obligatoriedad del convenio hemos invertido la graduación que no es ni ascendente ni descendente sino que hemos optado por una fórmula dialéctica: exclusividad (tesis), uso facultativo (antítesis) y prioridad (síntesis).

A. Tesis de la aplicación exclusiva del Convenio de 1970.

El origen de esta posición podemos encontrarlo en el "agravio" que supuso la introducción accidentada del art. 23 del Convenio y la reafirmación de aquél con las declaraciones posteriores de la mayoría de los Estados parte, lo que se consideró una "declaración de guerra"¹⁶. A lo que se une las suspicacias que provocan la falta de familiaridad con

¹⁴ Véase la Sent. Supreme Court of US, de 15 junio 1987, en el asunto *Société Nationale Industrielle Aérospatiale et al. v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, *ILM*, 1987, pp. 1021-1033.

¹⁵ Véase, R.K. STÜRNER, *Der Justikonflikt mit dem Vereinigten Staaten von Amerika*, Ed. Walter J. Habscheid, Gieseking, Munich, 1985, pp. 58 y ss.

¹⁶ En este sentido, G.B. BORN/S. HOING, "Comity and the Lower Courts: Post-Aérospatiale Applications of The Hague Evidence Convention", *IL*, 1990, p. 398; R.B. von MEHREN, "Discovery ...", cit., p. 898; y la intervención de G.A.L. DROZ en el Comité français de droit international privé, cit. *supra*, en la que culpa de la inaplicación del Convenio de La Haya de 1970 a las reservas hechas a su art. 23.

Véase A.L. CALVO CARAVACA, "Régimen...", cit., p. 353. Este autor afirma la conveniencia de la reserva al art. 23 del Convenio de 1970 como una "...actitud prudente, compartida con otros Estados europeos-continetales, ante los recelos que tales comisiones rogatorias suscitan y las dificultades que han provocado...".

una determinada concepción de la cooperación¹⁷ y la reafirmación de una actitud de prevención ante las prácticas norteamericanas que se materializa en las normas de bloqueo¹⁸.

La aplicación en exclusiva del Convenio debe predicarse respecto de la obtención de prueba (y otros actos judiciales) practicada en el extranjero en materia civil y mercantil. Como ya hemos apuntado, el propio Convenio excluye de su aplicación a ciertos aspectos de la prueba y a ciertas materias (art. 1). También debe recordarse que es la práctica de la prueba en el extranjero y no sólo la situación de ésta el elemento considerado para la aplicación de éste¹⁹, puesto que es sólo la práctica la que podría atentar contra la soberanía del Estado requerido y contra el principio de no intromisión del Derecho internacional público, ya que sólo a su través se desarrollaría la actividad de una autoridad pública extranjera en el territorio propio²⁰. El peso de la situación de la prueba depende de dos circunstancias: de la posibilidad de desplazamiento de

¹⁷ Así, "The Hague Convention...", cit., p. 1470; J.P. GRIFFIN/M. N. BRAVIN, "Beyond Aérospatiale: A Commentary on Foreign Discovery Provisions of the Restatement (Third) and the Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure", *IL*, 1991, pp. 331 y ss. (esp. 347-349); y A. HECK, "US. misinterpretation of the Hague Evidence Convention", *Colum. J Trans'l L.*, 1986-2, p. 232.

¹⁸ En este sentido, S.F. BLACK, "United States Transnational Evidence: The Rise and fall of the Hague Evidence Convention", *ICLQ*, 1991, p. 906.

¹⁹ Téngase en cuenta la posición del Gobierno de los Estados Unidos como "Amicus curiae", en el asunto Volkswagenwerk AG v. Falzon, *ILM*, 1984, p. 415.

²⁰ No debe confundirse la actividad pública que se desarrolla en el Estado requirente para la obtención de prueba en el Estado requerido con la recolección efectiva de la prueba que no siempre supone el ejercicio de un poder público. Como veremos este razonamiento es en el que se amparan los tribunales estadounidenses para la no aplicación del Convenio de La Haya de 1970 mediante la ficción geográfica de diferenciar entre el Estado donde se encuentra el material probatorio y aquél donde debe practicarse la prueba.

Sobre la contrariedad de este razonamiento con el Derecho Internacional público, véase D. LEIPOLD, *Lex fori...*, cit. *supra*, p. 21.

ésta y de la voluntad de quien tiene en su poder material probatorio, ya sea testifical o documental.

El argumento central de la exclusividad del Convenio se apoya en la idea de que sólo a través de esta posición pueden satisfacerse los objetivos convencionales de servir de puente entre concepciones procesales distintas, sobre los pilares de la tolerancia y la utilidad²¹. Y sin que ello ocasione ninguna merma ni para los litigantes, que pueden prever el resultado de todo el procedimiento para la obtención de prueba en el extranjero²², ni para los Estados afectados²³, ni para el aplicador de la norma, quien conocerá de antemano el camino y los obstáculos que se le presentan hasta integrar la prueba en el procedimiento que conoce.

Para la satisfacción de los objetivos convencionales, en primer lugar, se ha tenido en cuenta tanto el carácter público y solemne que tiene la práctica de la prueba en los países de derecho civil como la posibilidad de alternativas a través de la práctica de la prueba con el beneplácito de los afectados por la misma, lo que limitaría las argumentaciones en contra de la exclusividad apoyadas en la voluntariedad. Para ello el Convenio establece una lista cerrada de formas de obtención de prueba, que incluye no sólo la sujeta a compulsión (Capítulo I) sino, también, la voluntaria (Capítulo II)²⁴. El ámbito de competencias de los ordenamientos nacionales quedaría, pues, limitado a aquellos aspectos no regulados por el Convenio o bien

²¹ En este sentido, J.M. ROGERS, "On the exclusivity of the Hague Evidence Convention", *Texas Int'l L J*, 1986, pp. 456-459.

²² En este sentido, D.J. GERBER, "International Discovery after *Aérospatiale*. The quest for an analytical framework", *AJIL*, 1981, p. 525.

²³ Así, J.M. ROGERS, "On the exclusivity...", cit., p. 456.

²⁴ Véase, J.M. ROGERS, "On the exclusivity...", cit., p. 457.

excluidos expresamente.

A primera vista, puede resultar paradójico el hecho de que la disposición invocada para fundamentar la no exclusividad del Convenio sea un precepto que también se esgrime para apoyar dicha aplicación exclusiva. Sin embargo, en nuestra opinión, tal paradoja sólo es aparente. En efecto, el Convenio de 1970, una vez establecidos los cauces convencionales para la cooperación, a continuación lo que hace, precisamente con el art. 27, es formular una excepción tendente a permitir que los ordenamientos nacionales puedan actualizar los estándares convencionales originarios, que siempre son el punto de partida para la práctica de prueba en el extranjero. En otras palabras: el Convenio de 1970 incorpora, con el art. 27, una concepción dinámica de la obtención de prueba en el extranjero, impidiendo una eventual petrificación en el tiempo de los mecanismos previstos en el momento de su negociación. El art. 27 del Convenio tiene como única finalidad y razón de ser, de esta manera, garantizar el mejor cumplimiento de los objetivos convencionales, pero no, en absoluto, posibilitar una huida del Convenio.

El clima de confianza convencional facilita el que los Estados afectados reduzcan sus demandas tendentes a que su soberanía jurisdiccional, territorialmente exclusiva, no se vea afectada²⁵. Ello, naturalmente, repercutirá en beneficio de los litigantes, que para poder apoyar sus pretensiones necesiten de la práctica de prueba en el extranjero, que siempre resultará gravosa. A su vez, el aplicador, ya se trate del Estado requirente, ya del requerido, conoce de antemano las

²⁵ Esta es otra de las razones que sirven para apoyar la exclusividad del Convenio. Véase L. LEVY, "Entraide judiciaire...", cit., p. 56.

vías para obtener la prueba que necesita. Esta ventaja se puede transformar, sin embargo, en un arma procesal ya que el desconocimiento de las posibilidades más rápidas y baratas de obtener prueba por parte de los jueces, acostumbrados a la fórmula tradicional de comisiones rogatorias, puede permitir, a la parte que opte por este uso "desviado", utilizar la vía siempre más lenta y gravosa. Para evitar esta utilización torpe de las previsiones convencionales es por lo que, en algunos casos, se ha primado el uso alternativo del ordenamiento nacional frente a los cauces del Convenio.

Ahora bien, una vez expuestos los principales argumentos que fundamentan la aplicación exclusiva del Convenio de 1970 frente al régimen autónomo de obtención de prueba en el extranjero, parece obligado pasar revista a aquellos otros que se invocan para defender la postura contraria. A los mismos, sin embargo, intentaremos ofrecer una contestación en bloque una vez finalizada su exposición.

Así, el primero de los argumentos se asienta en la literalidad del art. 1 del Convenio, el cual está formulado en términos de voluntariedad y no de obligación, constatación que es correcta pero también matizable. En efecto, el art. 1 del Convenio debe entenderse referido a las distintas alternativas ofrecidas en el texto, es decir, que el juez del Estado requirente no está obligado a utilizar la comisión rogatoria ya que también podrá optar por la fórmula del Capítulo II del Convenio, esto es, obtener la prueba a través de funcionarios consulares, diplomáticos o comisarios²⁶.

²⁶ "Employment of mandatory language by the Convention with respect to these procedures would have defeated this dual purpose. This, however, does not affect the obligation of a Contracting State to apply the Convention..." (el subrayado es nuestro). En este sentido, A. HECK, "US. misinterpretation...", cit., n.p.p. 122, p. 253 y p. 267.

El argumento literal por sí solo no podemos aceptarlo como suficiente para descartar el carácter exclusivo del Convenio de La Haya de 1970. En primer lugar porque, como se ha dicho, el Convenio pretende ser dinámico e incorporar supuestos no considerados en el momento de la negociación, lo que lleva a la fórmula amplia de "civil o mercantil", por ejemplo. Pero, en segundo lugar, parece claro que no puede dejarse al albur de las partes la creación de vías de comunicación entre los distintos Estados, pues para ello hubiese bastado una formulación marco, como hicieron los textos de 1896, 1905 y 1954²⁷. La voluntad de crear mecanismos de obtención de prueba tolerables y útiles necesita de normas claras y vinculantes para no verse defraudada ésta, lo que conduce, por ejemplo, a la limitación de las excepciones a la cooperación.

El segundo argumento contra la aplicación en exclusiva del Convenio parte del hecho de que la situación del material probatorio no siempre es determinante para que nos encontremos ante un supuesto de cooperación judicial internacional que haga necesario el uso de vías convencionales para su obtención²⁸. Es aquí donde la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas se han apoyado para que supuestos que

²⁷ Véase A. PONSARD, "La Convention de La Haye...", cit., p. 47.

²⁸ Véase, por ejemplo, la sentencia U.S. District Court Northern District of Illinois, de 13 abril 1984, en el asunto Graco, Inc v. Kremlin, Inc *et al*, *ILM*, 1984, pp. 757 y ss; y US Court of Appeals 5th Cir., de 18 abril 1985, en el asunto In re Messerschmitt Bolkow Blohm GmbH v. Walker, *ILM*, 1986, pp. 803 y ss.

En estas sentencias los argumentos utilizados por los tribunales norteamericanos son dos: por una parte, la sujeción personal a la jurisdicción estadounidense; y, de otra, la distinción entre "discovery" y "evidence". Lo que requieren los tribunales norteamericanos es la recolección de información situada en el extranjero ("discovery") pero la práctica de la prueba, *stricto sensu*, se realizará en territorio de los Estados Unidos. No procede, por tanto, aplicar un instrumento dirigido a la práctica de prueba en el extranjero pues fallaría el presupuesto de aplicación: no hay ejecución de la prueba en un Estado distinto del que conoce del litigio.

desde la óptica del *ius civile* serían actos de cooperación se conviertan en actos puramente internos.

Para los tribunales norteamericanos, en efecto, la sujeción personal a ellos ("personal jurisdiction"), que, como es sabido, constituye uno de los criterios de atribución de competencia, sirve además para fundamentar la utilización extraterritorial de sus normas procesales internas, y, concretamente, la "discovery" directa²⁹. Esta extensión de la "discovery", amparada en la sujeción personal, permite no sólo la coerción directa sobre la parte procesal o el tercero que están en territorio norteamericano³⁰, sino que se extiende, además, a aquellos sujetos que se encuentren bajo su control mediatamente, como ocurre, por ejemplo, en el caso de una filial respecto a la documentación de su empresa matriz³¹.

²⁹ La diferencia entre ésta y la "discovery" ordinaria radica en el lugar donde se lleva a cabo una y otra. Mientras que en la "discovery" directa, puesto que hay sujeción personal, se "invita" al traslado del material probatorio a Estados Unidos y es en su territorio donde se practica la prueba, en la "discovery" ordinaria la prueba se practica en el extranjero, con independencia de que exista o no sujeción personal, si bien, sin intervención judicial, por los abogados de las partes.

³⁰ Coerción que se ejerce a través del "contempt of court" o "subpoena duces tecum", en el caso de terceros. En este sentido, véase J.M. SANDMAN, "Gathering evidence abroad...", cit., p. 999.

³¹ Véanse las sentencias en el asunto *Arthur Andersen & Co v. Finesilver*, 546 F 2d 338 (10th Cir. 1976, citada en C. PECK HAYNE Jr., "Anschuetz, International Discovery...", cit. *supra*, pp. 87 y ss.); District Court for the Northern District of Illinois, de 15 abril 1983 y de 24 junio 1986, en el asunto *Soletache and Rodio Inc. v. Brown & Lambrecht Earth Movers Inc., GRUR Int.*, 1983, vol. 12, pp. 957 y ss. En el primer caso se trata de una filial en Estados Unidos de una empresa francesa, considerada por el tribunal como "involuntary plaintiff". En el segundo caso se trata de una "private securities action" para la cual son necesarios ciertos documentos situados en Suiza. En este supuesto, el tribunal señala que lo importante no es la situación del material sino la existencia de "control" por parte de la empresa suiza sobre la norteamericana.

Véase, además, la Sent. Hof Amsterdam (Oudernemingskamer), de 10 diciembre 1981, en el asunto *Ford Nederland v. Ford USA* (citado en E.P.A. KEYZER/M.Th. NIJHUIS, "The Hague Evidence...", cit., p. 161). En este supuesto, la filial holandesa de Ford se negaba a proporcionar información sobre la situación de

El efecto de la sujeción personal en la obtención de prueba se concreta en la atracción al Estado requirente, en este caso de Estados Unidos, de la prueba situada en el extranjero, lo cual convierte a un supuesto inicialmente calificable como de cooperación judicial internacional en un procedimiento puramente interno, al que se le aplicarán las normas autónomas³². Si no existe sujeción personal, entonces los tribunales norteamericanos contemplan la posibilidad de utilización de otras vías para la obtención de prueba en el extranjero, es decir, los cauces previstos en el Convenio de la Haya de 1970³³.

Como tercer argumento, se recurre a la idea de que un acto de práctica de la prueba llevado a cabo por un particular no lesiona, en ningún caso, la soberanía del Estado requerido. Se plantea aquí una de las cuestiones centrales de las alternativas al recurso tradicional de la comisión rogatoria: la prueba voluntariamente obtenida por particulares.

Para la tradición anglosajona descentralizadora de la práctica de la prueba, en la que los particulares, abogados o partes, pueden llegar a

Ford USA, requerida por el comité de empresa y sindicatos para conocer la situación de Ford Holanda. Sin embargo, el tribunal de apelación de Amsterdam consideró que la empresa matriz debía proporcionar "all the information that ist staaf needed to enable a reasonable performance of its task".

³² En contra del uso del Convenio de La Haya cuando no exista sujeción personal a los tribunales norteamericanos, sino cuando la prueba esté localizada en un Estado distinto del Estado del foro. En este sentido, véase J.S. McLEAN, "The Hague Evidence Convention...", cit., p. 51.

³³ Véanse G.B. BORN/S. HOING, "Comity and the Lower Courts...", cit., pp. 394-395; G.B. BORN/D. WESTIN, "Applying the Aerospatale Decision in State Court Proceedings", *Colum. J. Trans'l L.*, 1987-1988, pp. 298-312; D.J. GERBER, "International Discovery...", cit., p. 524; S.F. BLACK, "United States Transnational Evidence...", cit., p. 902; y A. HECK, "US. misinterpretation...", cit., p. 251.

Véase, además, la jurisprudencia de los tribunales federales norteamericanos, que defiende la postura de la no exclusividad amparándose, como razón última, en la sujeción personal.

obtener el material probatorio, está clara la distinción de los intervinientes en cada una de las fases de proposición, decisión, práctica y valoración de la prueba. No es así para los países de tradición continental, en los que todo lo concerniente a la prueba se halla bajo la dirección judicial.

El problema de partida es calificar la relación del particular que trata de obtener la prueba con el juez ordenante de la práctica de ésta. Así, para el sistema de "common law", es un colaborador de la justicia, mientras que para el derecho civil es un delegado del juez, dependiente de éste e investido de ciertos poderes "oficiales". En el primer caso, el particular actúa sin ningún carácter oficial, y, por tanto, sus actuaciones, al no proceder de una autoridad extranjera, no podrían considerarse un ataque a la soberanía del Estado requerido³⁴. No es así en el segundo caso, en el cual el particular actúa como agente de un poder público extranjero en el territorio del Estado requerido o en cuyo territorio se encuentra el material probatorio, lo cual sí podría, en consecuencia, considerarse atentatorio del poder jurisdiccional territorial y exclusivo de dicho Estado.

Si aceptamos, por tanto, la idea de que la actuación del particular no ataca la soberanía, que es uno de los bienes jurídicos protegidos por el Convenio de La Haya de 1970, entonces no será necesario acudir a la aplicación de dicho texto, sino que -y es aquí donde se utiliza el argumento ya citado de la interpretación bilateral del art. 27 de

³⁴ Véase Sent. U.S. Court of Appeals, 5th Circuit, de 7 marzo 1985, en el asunto *Anschuetz and Co., GmbH v. Walker, Les nouvelles...*, vol. IV, pp. 124-125.

A favor de la admisibilidad de la obtención *extra* Convenio de la prueba, véanse, entre otros, R.A. JUNKER, *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1987, p. 438; y R. GEIMER, *Internationales Zivilproßrecht*, Schmidt KG, Colonia, 1987, pp. 437 y ss.

Convenio- deberá aplicarse el ordenamiento que rige el proceso en trámite, es decir, el del Estado requirente, en el caso norteamericano, las FRCP³⁵.

En cuarto y último lugar, se ha señalado, como otro de los argumentos en los que se apoya la no exclusiva del Convenio, la lentitud de las comisiones rogatorias, a causa de su excesivo formalismo y, como consecuencia de esta lentitud, su mayor onerosidad para las partes³⁶. Este es un argumento de refuerzo a la extensión extraterritorial del ordenamiento interno, es decir, a la interpretación norteamericana del art. 27 del Convenio de 1970³⁷. Se olvida, sin embargo, que la "discovery" no sólo puede ser tan onerosa y lenta como las comisiones rogatorias sino que, además, el "receptor" se considerará atacado e impedirá su ejecución. A esta objeción se opone el argumento de que, puesto que no existe una obligación de prestar asistencia, al final, la comisión rogatoria, que es más respetuosa de la soberanía puede, también, devenir ineficaz para la obtención de prueba.

³⁵ Olvida Estados Unidos en su argumentación que esta interpretación escapista no está amparada por el Derecho internacional. Así, recordemos que el art. 27 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados dispone que "un Estado no puede invocar los preceptos de su derecho interno como justificante del incumplimiento de un tratado".

³⁶ En este sentido, véase el informe como "Amicus curiae" de la SEC en el asunto *Aerospatiale*, cit., p. 1513.

³⁷ Véase la sentencia en el asunto *Haynes v. Kleinwefers*, 119 FRD, 335 (EDNY 1988, citada en V.A. SAMA, "Hague Convention on Taking Evidence Abroad", en AA.VV., *The Practice of International Litigation*, vol.I, Transnational Juris Publications, Inc., Nueva York, 1992, dictamen 26 julio 1988, pp. 255-266 (esp. pp. 261-262)). Se trata de un litigio relativo a responsabilidad por los productos en el que el demandado alega la aplicación del Convenio de 1970, circunstancia que no fundamental. El tribunal norteamericano resuelve que la norma aplicable son las FRCP no sólo porque son más rápidas si no porque, además, garantiza los intereses de las partes.

Pero la diferencia entre los supuestos apuntados es que mientras nadie duda de la necesidad de reducir la discrecionalidad de la ejecución mediante canales convencionales, justamente por la incertidumbre de la ejecución de las peticiones de cooperación judicial internacional, la posición que podríamos denominar "pro-discovery a ultranza" pretende seguir un camino paralelo al de las comisiones rogatorias. Es decir, mantener la incertidumbre en la posible ejecución, los costes económicos y, salvados éstos y otros obstáculos, extenderse en el tiempo. No es ésta, sin embargo, la voluntad manifestada en la reforma de las FRCP de 1994.

Podría extraerse como conclusión de todos los argumentos dados en contra la de exclusividad del Convenio de La Haya de 1970 la simple idea de que, en el fondo, laten concepciones distintas del proceso, de sus principios, de sus objetivos, que coexisten en el seno del Convenio y que, justamente, es uno de los elementos que le ha dado vigor y dinamismo. La cuestión es, sin embargo, más compleja.

Si analizamos la jurisprudencia norteamericana encontramos todo el amplio abanico de posiciones ante las relaciones del Convenio de La Haya de 1970 con el ordenamiento nacional, desde la exclusividad³⁸ al uso facultativo³⁹, sin olvidar considerar la aplicación prioritaria del

³⁸ Véase, entre otras la Sent. en el asunto *Cuisinarts Inc v. Robot Coupe*, cit. *supra*.

³⁹ En este sentido, entre otras las Sents. U.S District Court Eastern District of Pennsylvania, de 20 julio 1983, en el asunto *Lasky v. Continental Products*, *Les nouvelles...*, vol. III, p. 168; U.S. District Court of Columbia, de 11 septiembre 1984, en el asunto *International Society for Krishna Consciousness v. Lee*, (citada en *The Practice of International Litigation*, cit., p. 249); y la sentencia en el asunto *Aérospatiale*, cit., pp. 1021 y ss.

citado Convenio⁴⁰. Y es que razones no faltan para posicionarse en una u otra alternativa. La importancia de la discrecionalidad judicial y la incertidumbre que se crea en los actores procesales es una de las razones que apoyarían su uso exclusivo, lo que no obsta para una mayor precisión de los supuestos en los que es aplicable. A ésta debe añadirse un problema interno que surge del reparto competencial entre la Federación y los Estados y que se manifiesta en la aplicación de la norma convencional que nos ocupa⁴¹.

Las relaciones internacionales son competencia del Gobierno federal⁴² quien asimismo es responsable de trasladar una imagen de política uniforme hacia el exterior. Sin embargo, los Estados pueden, en ejercicio de sus competencias, desarrollar actividades que puedan influir en aquéllas, o viceversa, la Federación puede, en ejercicio de aquella competencia, comprometerse internacionalmente en materias atribuidas a los Estados.

Esta interacción de las respectivas competencias tiene consecuencias para el tema objeto de nuestro estudio. Así, mientras que los tribunales estatales apoyan sus decisiones en la "internacional comity" que aconseja un uso preferente del Convenio en una mayor consideración

⁴⁰ Véanse en este sentido la Sent. US District Court Northern District of Illinois Eastern Division, de 15 septiembre 1983, en el asunto *Schroeder v. Lufthansa German Airlines*, *Les nouvelles...*, III, p. 169; y las resoluciones a los procesos *Philadelphia Gear Corporation v. American Pfauter Corp. et al*, cit.; y *Van Dongen v. Arburg Maschinenfabrik and Polymar*, cit., *supra*.

⁴¹ En este sentido, G.B. BORN/D. WESTIN, "Applying the *Aerospatiale...*", cit. pp. 298-299.

⁴² Véase la sentencia en el asunto *Zschering v. Miller*, 389 US 429 (1968) "that activities that intrude into the foreign affairs of the United States are matters of federal law and policy" (citada en G.B. BORN/D. WESTIN, "Applying the *Aerospatiale...*", cit., p. 305).

a la administración de justicia⁴³ que a los efectos que puedan producirse en las relaciones internacionales⁴⁴, por el contrario, los tribunales federales apoyan sus decisiones en el traslado de sus reglas para la resolución de conflictos internos al campo de las relaciones judiciales internacionales⁴⁵ y refuerzan la idea de que el Convenio de La Haya de 1970 es un mero instrumento para reducir las fricciones internacionales⁴⁶.

Como puede verse, la imagen hacia el exterior de la posición de los tribunales norteamericanos frente al grado de obligatoriedad del Convenio resulta poco clara. Sin embargo, la situación se clarifica tras la interpretación que del texto de 1970 hace la Corte Suprema en el asunto Aérospatiale. Esta interpretación reafirma la no aplicación exclusiva del Convenio de 1970 y, por tanto, la posibilidad de suplir aquél por el régimen autónomo de cooperación.

⁴³ En este sentido, G.B. BORN/D. WESTIN, "Applying the Aérospatiale...", cit., p. 312.

⁴⁴ No debe olvidarse que sólo la aplicación preferente del Convenio puede suponer, a largo plazo, el establecimiento un buen clima de cooperación que mantenga en una situación óptima el funcionamiento legal y comercial internacional. Véase, en este sentido, el voto disidente en el asunto Aérospatiale, defendido por el magistrado Blackmun y al que se adhirieron otros tres magistrados, *ILM*, 1987, p. 1036.

⁴⁵ Véase la Sent. U.S. District Court, District of Columbia, de 26 junio 1984, en el asunto *Laker Airways v. Pan American World Airways et al.*, *ILM*, 1984, pp. 748 y ss. En esta sentencia se afirma que los convenios internacionales equivalen a "federal statutes" y, en caso de conflicto entre éstos, se utilizarán los mismos principios que para resolver conflictos entre "federal statutes", si bien el Convenio de La Haya 1970 posee ciertas circunstancias especiales.

⁴⁶ Véase esta posición del Gobierno de los Estados Unidos en las sentencias Court of Appeal, First District, State of California, 5 noviembre 1982, en el asunto *Pierburg v. Superior Ct.*, *Les nouvelles...*, vol. III, Kluwer, 1984, p. 167; y en el asunto *Club Méditerranée SA v. Dorin*, 105 SCt 286 (1984, citado en D.N. DUNHAM, "Hague Evidence Convention: A practical Guide to the Convention, US Cases Law, Convention-Sponsored Review Commissions (1978-85) and responses of other signatory nations: with digest and bibliography" (Appendix A), *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, p. 99).

La interpretación que sobre la aplicación del Convenio hace la Corte Suprema produce un doble efecto: de una parte, repercute en las relaciones *ad extram*, a las que se dará un tratamiento uniforme, tanto por los tribunales federales como estatales frente a la dualidad señalada anteriormente. De otra parte, la interpretación de la Corte Suprema en el asunto Aérospatiale reduce a una única razón que justifique la no exclusividad del Convenio: su evidente voluntad de ser aplicado facultativamente⁴⁷. Con esta interpretación desaparecía la tesis de la aplicación prioritaria del Convenio derivada de la "international comity", defendida por los tribunales estatales y recogida en el voto particular a la sentencia Aérospatiale⁴⁸.

Existen, por tanto, además de los intentos por rectificar los errores que los Estados Unidos consideran que fueron cometidos en el momento de negociar y ratificar el Convenio de 1970, una serie de razones de orden interno que pueden impulsar a una cierta utilización política del Convenio de 1970 en la pugna de la delimitación de las competencias internas entre los estados y la federación en materia procesal y, en especial, cuando un convenio internacional pueda "afectar" a las competencias estatales si compete al Gobierno federal su celebración, que, sin embargo, no debe confundirse con la reducción de autonomía de los Estados⁴⁹.

El traslado de esta pugna interna al orden internacional conduce,

⁴⁷ Véase la sentencia en el asunto Aérospatiale, cit., p. 1027.

⁴⁸ En este sentido, véase el voto disidente, cit., p. 1037.

⁴⁹ Véase G.B. BORN/D. WESTIN, "Applying the Aérospatiale Decision...", cit., pp. 308-312; y J.D. PHILLIPS/P.D. CARRINGTON, "Reflections on the interface of treaties and Rules of Procedures: Time for Federal "long-arm" Legislation", *L & Contemp'y Pr.*, 1994-3, pp. 153 y ss.

sin embargo, a que los tribunales federales olviden que existen razones, dentro del propio ordenamiento norteamericano, para, al menos, alcanzar la aplicación prioritaria del Convenio de 1970 y que veremos más adelante⁵⁰ y que utilicen ópticas estrechas en el análisis de los problemas y las soluciones que aporta el texto de La Haya⁵¹.

B. Tesis del uso facultativo del Convenio de 1970⁵².

Ya hemos anticipado algunos de los argumentos que se dan para considerar la aplicación no exclusiva del Convenio de La Haya de 1970. También se ha señalado que la exclusividad no se predica de todos los supuestos de prueba sino sólo a aquéllos en los que la prueba sea practicada en el extranjero. La fricción es inexistente y el Convenio no tendría razón de ser aplicado cuando voluntariamente se produce el traslado del material probatorio al Estado requirente. Si el juez o las partes se dirigen directamente al testigo o al poseedor de cierta información documental, a través de la notificación, contacto telefónico, o cualquier otro canal, para que se traslade al Estado requirente para practicar la prueba y éste, lo hace voluntariamente, fallaría el presupuesto para la aplicación del Convenio ya que no habría obtención de prueba en el extranjero, sino en el propio territorio.

⁵⁰ En este sentido, D.J. GERBER, "International Discovery...", cit., pp. 528-529.

⁵¹ En este sentido, véase el voto disidente del asunto *Aérospatiale*, cit., p. 1044, que califica la opción adoptada por los tribunales federales de "parochial view". En este mismo sentido, véase "Predictability and Comity...", cit., p. 1330.

⁵² Pese a las "acusaciones" que hemos vertido sobre la fuerza centrífuga que mueve a los tribunales norteamericanos no es menos cierto que nuestra tradición también ofrece ejemplos de escapismo judicial ante las novedades. Véase, en este sentido, Real Orden, 7 agosto 1898 reiterando la necesidad de que nuestros jueces se atengan en el asunto a los tratados y códigos vigentes en cada país, para que no pueda entenderse que invaden las atribuciones privativas de la soberanía territorial, en M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, cit., apéndice 1897, p. 367.

Sí nos encontramos, sin embargo, ante un problema que estaría bajo la tutela del Convenio cuando lo que se pretende con la "discovery" es obtener una cierta información situada en el extranjero, como eufemísticamente señalan algunas sentencias norteamericanas, a través de una "discovery" directa⁵³. A este respecto, deben tenerse en cuenta dos consideraciones. De una parte, la distinción que establecen los ordenamientos pertenecientes al "common law" entre "evidence" y "proof" ⁵⁴ y su distinto tratamiento jurídico. Y, de otra parte, la consideración de que la prueba se practica en el lugar donde se obtiene la información pertinente y útil para el *thema decidendi*, y no en el lugar donde se obtiene el material a partir del cual se elabora o se puede elaborar dicha prueba. Así, se considera que se prueba se ha practicado en el territorio del Estado requirente por lo que la extranjería de la prueba no existe⁵⁵.

La posibilidad de utilizar alternativas al Convenio en este caso se debe, exclusivamente, al poder de coerción directo del tribunal sobre el sujeto que debe producir la prueba porque está sometido a su jurisdicción, con lo cual no existiría, por tanto, la voluntad anterior. Además, no debemos olvidar que la recolección de la información de donde, una vez filtrada por reglas de pertinencia, se obtendrán las pruebas se hace en el territorio del Estado requerido por un particular, con el beneplácito de un juez perteneciente a una jurisdicción estatal distinta, que si bien no lo ha designado como agente, a diferencia de los comisarios, realiza una actividad privada para la tutela de un interés

⁵³ Véase, en este sentido, la n.p.p. 27 del presente Capítulo,

⁵⁴ Véase, a este respecto, el Capítulo IV de este trabajo.

⁵⁵ Véase la sentencia en el asunto Graco, cit., *supra*.

público extranjero⁵⁶.

La interpretación del uso facultativo del Convenio, defendida especialmente por los tribunales federales⁵⁷, procede, por tanto, de la conjunción de una serie de circunstancias puramente internas, como son la "personal jurisdiction", la "discovery" directa, los problemas internos en la distribución y ejercicio de competencias, en materia procesal, entre los estados y el Gobierno federal, junto al descontento que produjo en Estados Unidos la puesta en funcionamiento del Convenio. De este modo, el Convenio se convierte en un instrumento secundario que sólo se tiene en consideración en caso de que el material probatorio no pudiese ser obtenido por otros medios.

Es evidente, a nuestro juicio, que esta interpretación del Convenio carece en la actualidad de apoyo legal tras la reforma de las FRCP. Así, queda patente la voluntad conciliadora del legislador en el hecho de remarcar el carácter preferente de las disposiciones convencionales sobre las propias (Regla 28 FRCP). Del mismo modo, esta voluntad conciliadora se hace notar en la reforma de la Regla 26 de las FRCP, que regula la "discovery" y que pretende acabar con los abusos y los problemas que origina su relación con pruebas situadas en el extranjero.

Paralelamente a esta reforma legislativa, puede, además, observarse un cambio en la actitud de los tribunales estadounidenses,

⁵⁶ Véase, en este sentido, P.A. ROSENFELD, "Nota a la sentencia en el asunto Soc. Luxguard c. Soc. Sitraco *et al.*", *La Semaine Juridique*, ed. G, nº 21-22, nº 22436, pp. 200 y ss.

⁵⁷ Véanse, en este sentido las sentencias en el asunto Anschuetz and Co., GmbH v. Mississippi River Bridge Authority *et al.*, citada; y U.S. Court of Appeals, 5th Circuit, de 7 marzo 1985, en el asunto Anschuetz and Co., GmbH v. Walker, *Les nouvelles...*, vol. IV, pp. 124-125.

motivada, tal vez, por la reforma de la Regla 26 citada. Por una parte, puede observarse la voluntad de excluir de las ventajas de la amplitud investigadora de la "discovery" aquellas situaciones en las que es razonable considerar que la autoridad judicial encargada de la obtención de la prueba es la del lugar de situación de la misma con el fin de evitar las fricciones anteriores⁵⁸. Por otra parte, también la discrecionalidad judicial parece haber sufrido ciertas correcciones dirigidas a la justa consideración de los intereses del otro Estado afectado por la "discovery", con independencia de la posición que ocupe, como requirente o requerido⁵⁹.

C. Tesis de la aplicación prioritaria ("first use") del Convenio de 1970.

Como hemos anticipado, esta posición podría considerarse como el punto de equilibrio entre las dos anteriores, la que no pretende imponer una concepción del proceso y de la cooperación judicial internacional sobre otra. Es, en definitiva, por este talante conciliador lo que ha conducido a su asunción e incorporación a la interpretación del texto de 1970, tras el acuerdo alcanzado en la Comisión especial del

⁵⁸ En este sentido, véanse las Sents. Court of Appeals, 2nd Circuit, de 5 mayo 1992, en el asunto *Malev Hungarian Airlines v. United Technologies incorporated*, *ILP*, 1993, pp. 422 y ss.; Court of Appeals, 1st Circuit, de 4 diciembre, 1992, en el asunto *Re application of Asta Medica SA*, *ILP*, 1993, p. 600; US District Court for the Southern District New York, de 11 octubre 1995, en el asunto *In Re Application of Sarrio SA for Assistance before foreign Tribunal*, *ILP*, 1996, pp. 564 y ss.

Véase en relación con la sentencia en el asunto *Malev*, S. ROGGENBUCK, "US-amerikanische Discovery im deutschen Zivilprozeß?", *IPrax*, 1997-2, pp. 76 y ss. La cuestión que se plantea es la naturaleza restrictiva de la "discovery" en los supuestos, como *Malev*, en los que la "discovery" es adoptada por un juez extranjero para su ejecución en Estados Unidos.

⁵⁹ En este sentido, véase la Sent. US Court of Appeals, 2nd Circuit, de 23 agosto 1993, en el asunto *Re The Application of Silvia Gianoli et al.*, *ILP*, 1995, pp. 492 y ss.

Convenio celebrada en 1989⁶⁰.

Pero no es sólo en el marco convencional donde esta tesis ha sido acogida. A nuestro juicio, este talante conciliador también ha impregnado la reforma de 1 de diciembre de 1993 de las FRCP norteamericanas, concretamente, en su Regla 28, en la que se pretende dar un uso más eficaz al Convenio de La Haya de 1970, para lo cual establece una jerarquización de fuentes para la obtención de prueba en el extranjero, en la que el primer lugar lo ocupan los textos internacionales⁶¹. El planteamiento de partida es que sólo cuando no sea posible obtener prueba a través del Convenio, pese a la buena fe de los litigantes, podrá utilizarse el ordenamiento autónomo, incluidas las sanciones⁶².

Principalmente los defensores de esta tesis son los tribunales estatales estadounidenses que utilizan como "first use" o "first resort" el Convenio sobre la base de la "international comity" en el "balancing of interest"⁶³, a fin de evitar las posibles fricciones en las relaciones internacionales. Ello pese a que, como ya hemos señalado, los tribunales estatales aplican el Convenio no en consideración a dichas fricciones sino para la mejora de la administración judicial⁶⁴.

⁶⁰ Véanse las conclusiones de esta Comisión especial, cit., pp. 1556 y ss.

⁶¹ En este sentido, "Notes of Advisory Committee on Rules", *ILM*, 1994, p. 566.

La Regla 28 de las FRCP establece la siguiente jerarquía de fuentes para la petición de cooperación: 1º Convenios; 2º "letters of request"; 3º "on notice"; 4º por comisarios. Véase el texto de la misma, *ILM*, 1994, p. 566.

⁶² En este sentido, E.R. ALLEY/D. PRESCOTT, "Effective Evidence-Taking Under the Hague Convention", *ABA Journal*, 1988, p. 945.

⁶³ Véase, R.B. von MEHREN, "Discovery ...", cit., p. 898.

⁶⁴ En este sentido, G.B. BORN/D. WESTIN, "Applying the *Aerospatiale*...", cit., p. 312; D.J. GERBER, "International Discovery...", cit., p. 548; y P.M. ROTH, "Reasonable Extraterritoriality: Correcting the "Balance of

Sin embargo, también encontramos algunas muestras de la extensión de esta tesis en resoluciones judiciales de otra procedencia. Nos referimos concretamente al voto particular (4 magistrados) a la sentencia de la Corte Suprema norteamericana en el asunto Aérospatiale, frente a la posición mayoritaria del uso facultativo del Convenio (5 magistrados). En este voto particular se propone la inversión del razonamiento consistente en la aplicación prioritaria del Convenio de La Haya de 1970 salvo que razones de toda índole indiquen lo contrario, lo que aumenta la previsibilidad del resultado y racionaliza el "balancing"⁶⁵.

Esta interpretación de los tribunales estatales norteamericanos más abierta a la influencia del Convenio de La Haya de 1970⁶⁶ choca con la reacción mayoritaria de los tribunales federales, más conservadora⁶⁷, que ha permitido, a pesar de los compromisos internacionales adquiridos por el Gobierno federal⁶⁸, sostener una posición ambigua que se ha

Interests", *ICLQ*, 1992, p. 258.

⁶⁵ Voto disidente en el asunto *Aérospatiale*, cit., p. 1044.

⁶⁶ Ni es tan simple ni tan inocente como podría parecer a primera vista. Hemos señalado el enfrentamiento existente entre tribunales estatales y federales en la aplicación del Convenio de La Haya de 1970, cimentado sobre baremos distintos que priorizaban uno sobre otro. Sin embargo, no debe olvidarse la pugna en el reparto de competencias, en las suspicacias que crea el hecho de que el Gobierno federal pueda obligar a los Estados a través de la celebración de convenios en competencias propias de éstos, cuando no puede hacerlo directamente con normas internas. No debe olvidarse, además, que los Estados tienen competencias en materias procesales. Este dato nos sitúa ante un panorama muy revelador: si utilizamos el texto de 1970, cuando éste se remita al ordenamiento del Estado requirente, acudiremos a las normas de reparto del Estado requirente, los cuales nos conducirán a las normas procesales del Estado que conoce del litigio principal. Es una forma de romper con la "imposición", lo que se concreta en la práctica de los tribunales estatales distante de la de los federales.

⁶⁷ Véase J.P. GRIFFIN/M. N. BRAVIN, "Beyond *Aérospatiale*...", cit., pp. 345-347.

⁶⁸ Poco receptivos a las influencias extrañas. Así, R.J. MINER, "The Reception...", cit., p. 582.

materializada en una clara preferencia de las FRCP frente al Convenio de La Haya de 1970⁶⁹.

No obstante, si la reforma de las FRCP de 1993 no fuese bastante, encontramos dentro del propio ordenamiento norteamericano, argumentos suficientes para defender esta tesis de la prioridad del Convenio frente a la de su uso facultativo. Un primer argumento a favor de la preferencia del Convenio se ampara en la cláusula de supremacía ("Supremacy Clause"), contenida en la Sección 2 de la VI enmienda de la Constitución norteamericana. Esta cláusula se utiliza por los tribunales federales -ya que los tribunales estatales poseen sus propias normas de conflicto⁷⁰- para resolver los conflictos positivos de normas cuando concurren en un mismo supuesto disposiciones federales y estatales o para la resolución de conflictos entre normas interestatales y, por extensión, también se emplea para la resolución de los conflictos entre normas internas y convencionales.

Para poder aplicar dicha cláusula es necesario que, en este caso, el Convenio de 1970 pueda ser considerado como directamente aplicable ("self-executing") ya que, si fuese necesaria su implementación por una norma federal nos encontraríamos ante un mero problema de concurrencia de dos normas federales, en el cual no habría una preferencia por ninguna de las dos y se desplazaría el problema a la discrecionalidad judicial para la aplicación de una u otra.

Tradicionalmente, las bases para mantener el carácter no

⁶⁹ Véase, en este sentido, por ejemplo, la sentencia en el asunto *Pierburg v. Superior Court.*, cit. *supra*.

⁷⁰ Así, G.B. BORN/D. WESTIN, "Applying the *Aerospatiale*...", cit., p. 304.

directamente ejecutivo del Convenio de 1970 han sido, de una parte, la literalidad del dicho texto y, de otra, las *Declaraciones del Presidente Nixon* ante el Senado, como motivo de la incorporación de aquél a su ordenamiento⁷¹, así como la inexistencia, a juicio de cierta doctrina, de base sólida en los trabajos preparatorios para sustentar otra posibilidad⁷². Pero esta interpretación olvida que el objetivo del Convenio de La Haya no es unificador, lo que justifica el uso de términos facultativos, sino uniformador⁷³, es decir, persigue la creación de unas bases suficientes para definir un arco en el que la cooperación judicial sea tolerable, por tanto más rápida y barata, y útil, es decir, más eficaz. Esta voluntad unificadora se encuentra, por ejemplo, en la limitación que impone para excluir la aplicación de ciertos aspectos convencionales a través de las reservas⁷⁴.

⁷¹ No obstante, tal vez las declaraciones de Nixon deban entenderse en un contexto de recelos a fin de impulsar su tradicional aislamiento. Estas declaraciones entran en contradicción con las de W.P. Rogers que acompañan a las anteriores y que desmontan la idea de que la decisión de incorporar el Convenio de La Haya de 1970 se adoptó con base a la inamovilidad de las FRCP porque "... it requires little change in the presente procedures in the US it promotes changes, in the direction of modern and efficiente procedures, in the presente practices of many other states". En este sentido, téngase en cuenta, "Message from the President...", cit., pp. 323 y ss.

⁷² En este sentido, G.K. WALKER, "The FRCP in the context of Transnational Law", *L & Contemp'y Pr.*, 1994-3, p. 188, extensible, también a Convenio de La Haya 1965. En contra de esta interpretación, "The Hague Convention...", cit., p. 1484.

⁷³ Véase en este sentido, Ch. PLATTO, "Taking Evidence Abroad for use in Civil cases in the United States. -A practical guide", *IL*, 1982, p. 575. Según este autor el Convenio de 1970 "...was initially adopted (...) to provide a uniform system for the transmission, execution and processing of judicial request for the taking evidence in foreign jurisdiction" (el subrayado es nuestro).

Otros autores apoyan la aplicación prioritaria del Convenio amparándose en el Estatuto de la Conferencia en el que se establece como objetivo la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado. Véase, en este sentido, L.N. MINCH, "US Obligations Under the Hague Evidence Convention: More than Mere Good Will?", *IL*, 1988-2, p. 513.

⁷⁴ Este es uno de los índices utilizados para determinar la naturaleza del tratado. En este sentido, A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional Público 2. Derecho de los tratados*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 33.

Esta naturaleza básica no significa, por tanto, que sólo establezca directrices a seguir por el legislador nacional. Por el contrario, el Convenio persigue, justamente, que los mínimos que él establece sean comunes a todos los ordenamientos de los Estados parte, lo que garantiza la conciliación respecto de todos los intereses que pueden verse afectados en la práctica de una prueba en el extranjero. Su carácter de mínimo común, por tanto, necesita de la respuesta añadida de los ordenamientos nacionales para que no se vean defraudados los objetivos convencionales, pero, a su vez, sobre la regulación autónoma se carga la posibilidad de mejoras al texto convencional, la dinamización, por tanto, del mismo. Esto significa que el Convenio será, por tanto, aplicable, en cualquier caso, cuando se den las condiciones para su aplicación (civil y mercantil, prueba, *sensu lato*, situación de ésta en el extranjero...). Si el ordenamiento autónomo establece normas más restrictivas, quedarán desplazadas porque obstaculizan los objetivos convencionales; si, por el contrario, son más beneficiosas se aplicarán preferentemente porque optimizan los objetivos convencionales. En cualquier caso, si la regulación como Estado requirente es más ventajosa quedará supeditada al uso de los canales de transmisión establecidos por el Convenio, salvo que admitamos la posibilidad de alternativas a los cauces convencionales de cooperación, siempre que éstas sean compatibles con el Derecho internacional público.

En ambos casos es evidente que el legislador nacional se verá compelido a reflexionar sobre los engarces que el ordenamiento autónomo ofrece para la mayor eficacia de los objetivos convencionales. Esta reflexión es la que motiva las respuestas de la legislación procesal francesa, italiana o norteamericana de su régimen de cooperación judicial internacional y es la base del debate en el seno de la doctrina alemana sobre la conveniencia de una norma autónoma de implementación o

ejecución que resuelva, al menos en sus relaciones, los problemas apuntados⁷⁵.

En segundo lugar, y como refuerzo al argumento anterior, el Convenio tendrá preferencia frente a las FRCP, además, porque se trata de una norma especial (*lex specialis lex generalis derogat*) y posterior a las FRCP, elaboradas en 1938 (*lex posterior*)⁷⁶.

3. Solución definitiva. La conveniencia de sostener la aplicación prioritaria del Convenio de 1970⁷⁷.

El apoyo a la solución conciliadora del uso prioritario del Convenio de La Haya de 1970 era una necesidad de la que dependía la propia vida del Convenio. No en balde se empezaba a considerar no sólo la modificación del texto sino su abandono definitivo y el inicio de un nuevo proceso para la conclusión de acuerdos bilaterales que respetasen las "especialidades" de los contratantes. Así, la opción de los convenios

⁷⁵ Los intentos para elaborar una norma similar a la Act británica de 1975 que limite los efectos de la reserva del art. 23 del Convenio de 1970, se materializaron en el proyecto de 15 de noviembre de 1988, que sigue sin ver la luz, para acabar con los problemas de aplicación del Convenio en las relaciones germano-norteamericanas, especialmente tras algunos asuntos muy polémicos, como fue el caso del asunto *Corning v. IIT*, citado. Sobre éste y otros proyectos véanse H. KOCH/CH. KIRCHNER, "Probleme einer Unkundenvorlage- Verordnung nach dem Ausführungsgesetz zum Haager Beweisübereinkommen", *Die Aktiengesellschaft*, 1988, pp. 127 y ss; D.R. MARTENS, "Germany", en AA.VV. *Obtaining Evidence in Another Jurisdiction in Business Disputes*, Graham and Trotman, Londres, 1993, pp. 93 y ss; y C.D. BRANDT, *Vorschläge zum Erlaß einer Unkundenvorlage - Verordnung nach dem Haager Beweisaufnahme- Übereinkommen*, Wolfsburg, 1987.

⁷⁶ Sobre estos argumentos de refuerzo, véase "The Hague Convention...", cit., p. 1485.

⁷⁷ Sobre las ventajas de esta posición, véase L.N. MINCH, "US Obligations...", cit., p. 525.

bilaterales se mostraba como la más eficaz⁷⁸, a semejanza de la exitosa política convencional llevada a cabo por el Reino Unido en las décadas de los años veinte y treinta, modelo que se utilizaría para regular las relaciones en materia probatoria de los Estados Unidos con los países de derecho continental⁷⁹.

Alcanzar esta solución supone, como ya hemos señalado más arriba, avanzar en la mejora de la aplicación del Convenio, en una apuesta por limar asperezas entre los Estados parte del Convenio, y reducir tensiones políticas en beneficio de los litigantes⁸⁰, especialmente los que lo son ante los tribunales estadounidenses, ya que se evita la incertidumbre anterior por el rechazo a los métodos de la "discovery" que conducía, en muchos casos, al abandono del proceso ante la imposibilidad de obtener la información necesaria para elaborar la prueba⁸¹.

Por último, la aplicación prioritaria del Convenio también puede suponer un avance en relación con los problemas derivados de la existencia de las normas de bloqueo. Por una parte, se podrían reducir

⁷⁸ Véanse, en este sentido R.K. STÜRNER, *Der Justikonflikt*..., cit. pp. 61-62; V. RANOUIL, "Les lois de blocage", *Droit et pratique du commerce international*, 1986, p. 529; y R.B. von MEHREN, "Discovery...", cit., p. 900.

⁷⁹ Esta propuesta retomaba la hecha en el "Draft Convention...", cit., pp. 84 y ss.

Esta solución gozó de cierta continuidad en alguno de los autores del citado proyecto. En este sentido, véase, por ejemplo, H. L. JONES, "International Judicial Assistance. Procedural Chaos and a Program for Reform", *Yale I.J.*, 1953, 561.

⁸⁰ Principalmente por el hecho de que esta opción armoniza todos los intereses en conflicto. En este sentido, véase, T.J. PERCY, "Judicial Treatment...", cit., *supra*, p. 360.

⁸¹ Véase, en este sentido, J.M. BETTI, "Reconciling American and Civil Law concerns in Taking Evidence Abroad: Reevaluation of the Compromise from the Hague", *ASIL Journal*, 1986, p. 124.

las tensiones por la existencia de este tipo de normas ya que la aplicación del Convenio de La Haya de 1970 supondría el ajuste de la "discovery" norteamericana a las garantías exigidas por los Estados que han elaborado estas normas y, por tanto, su menor peso específicos en las cuestiones de obtención de prueba en el extranjero. Y, por otra parte, si las fórmulas autóctonas norteamericanas, por su agresividad, fueron las causantes de la aparición de normas de bloqueo para proteger ciertas informaciones, el uso prioritario del Convenio podría suponer un aliciente para la no proliferación de este tipo de normas⁸².

III. Relación del Convenio de La Haya de 1970 con otros instrumentos convencionales.

1. Introducción.

Además de los problemas apuntados en la relación entre el derecho autónomo y el convencional, también es posible la concurrencia del Convenio de La Haya y la Convención de Panamá con otros textos internacionales, e incluso, entre ellos. Pero, además, los citados Convenios, y, en especial, el de La Haya, también puede converger para solucionar un supuesto concreto con otros textos tanto bilaterales como multilaterales. En este caso habrán de establecerse las reglas para solucionar esta concurrencia de convenios. Para analizar estas relaciones, nos centraremos, especialmente, en las relaciones del Convenio de La Haya de 1970 con otros convenios internacionales.

En la mayor parte de los convenios internacionales se incluyen

⁸² En este sentido, D.J. GERBER, "International Discovery...", cit., p. 547.

entre sus disposiciones las denominadas "cláusulas de concurrencia" o "cláusulas de relación" que regulan las relaciones de este textos, generalmente, con otro sucesivo⁸³. Sin embargo, como veremos, también se incluyen disposiciones sobre las relaciones con convenios anteriores.

Estas cláusulas de relación pueden, fundamentalmente, cuatro tipo de relaciones. Así, cabe que establezcan la exclusión de la aplicación de uno de convenios que concurren (cláusulas de exclusión) o la subordinación de las disposiciones de un texto a otro texto o a la celebración de un convenio posterior (cláusulas de subordinación). Asimismo, pueden, además, prescribir la aplicación complementaria de ambos textos (cláusulas de mera complementariedad)⁸⁴ o, incluso, obligar a compatibilizar los textos concurrentes a fin de aplicar las disposiciones más favorables para satisfacer los objetivos convencionales (cláusulas de compatibilidad)⁸⁵.

⁸³ Nos parece menos susceptible de error el uso de cualquiera de estas dos categorías que la de "cláusula de compatibilidad". Esta compatibilidad prejuzgaría, a nuestro juicio, la relación existente entre los textos que concurren a la solución de un supuesto, lo que no es siempre exacto con el resultado último que podemos alcanzar. Las cláusulas de relación o de concurrencia, sin embargo, no prejuzgan cuál deba ser la relación entre los textos concurrentes sino que ésta puede establecerse *a posteriori* con la valoración de otros elementos. Sobre el uso de estas categorías, véanse A. REMIRO BROTONS, *Derecho de los tratados...*, cit., p. 327; y J.D. GONZALEZ CAMPOS *et al.*, *Curso...*, cit., p. 260.

⁸⁴ En este sentido, véase J.D. GONZALEZ CAMPOS, *et al.*, *Curso...*, cit., p. 259-261.

⁸⁵ Véase. A. REMIRO BROTONS, *Derecho de los tratados...*, cit., pp. 327-328.

Cabe, sin embargo, que la categoría de "cláusulas de compatibilidad" se utilice no sólo para designar este supuesto específico de cláusulas de relación o de concurrencia. Así, algún autor utiliza esta denominación para referirse a las cláusulas de relación establecidas en los Convenios de La Haya para determinar el modo de resolver los problemas de concurrencia de convenios. Véase, en este sentido, S. ALVAREZ GONZALEZ, "Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado", *REDI*, 1993-1, pp. 40-41.

2. Cláusulas de relación en el Convenio de La Haya de 1970.

El Convenio de La Haya de 1970 prevé cuatro posibles situaciones en las que nos encontraríamos ante la concurrencia de convenios, ya tengan su origen en el seno de la Conferencia de La Haya, ya sean ajenos a la misma. En primer lugar, establece una regla para la prevalencia parcial del texto de 1970⁸⁶ sobre los convenios procesales de 1905 y 1954, es decir, la sustitución de los artículos 8 a 16 de los citados textos cuando el Estado parte en uno u otro haya ratificado este último (art. 29 del Convenio de 1970).

En segundo lugar, el texto de 1970 establece la vigencia de los arts. 23 del Convenio de 1905 y 24 del Convenio de 1954, a los que no afectará dicho texto (art. 30 del Convenio de 1970). Los citados artículos se refieren a la excepción de contribuir a los gastos que derivan de la práctica de una prueba pericial, excepción que se recoge en el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 y se amplía, además, a los gastos por la intervención de intérpretes en la práctica de la prueba. En el texto de 1970 la regla general es la gratuidad de la ejecución de las comisiones rogatorias (art. 14 pfo. 1º). Sin embargo, cabría la reclamación por parte del Estado requerido de los gastos generados por la utilización de una forma especial en la ejecución de la prueba (art. 9, pfo. 2º) o el reembolso de los honorarios pagados a peritos e intérpretes (art. 14, pfo. 2º).

Esta vigencia "prorrogada" de los textos de 1905 y 1954 supone una suerte de recordatorio porque, como hemos señalado, en ningún caso

⁸⁶ Véase, en este sentido, S. ALVAREZ GONZALEZ, "Cláusulas de compatibilidad...", cit., p. 53.

las disposiciones que se citan en el art. 30 del Convenio de 1970 se verían afectadas por éste. Como nos señala su art. 29, el Convenio de La Haya de 1970 sustituye a los arts. 8 a 16, es decir, que, en ningún caso perjudicaría a lo dispuesto en los art. 23 del texto de 1905 y 24 del Convenio de 1954, si ha habido reconocimiento del derecho de justicia gratuita.

En tercer lugar, el Convenio de 1970 reafirma la vigencia de los Convenio bilaterales adicionales celebrados a la sombra del Convenio 1954 y su aplicación conjunta al texto de 1970, excepto que se determine otra cosas (art. 31 del Convenio de La Haya de 1970). No se hace ninguna referencia, en cambio, a los convenios bilaterales que se celebraron para completar al Convenio de 1905. La razón, tal vez, haya que encontrarla en la dependencia de estos convenios bilaterales respecto al texto principal y la sustitución de aquél por el texto de 1954 suponía su desaparición. Por contra, los convenios adicionales al texto de 1954 poseen una mayor autonomía y, por esta razón, salvo que se establezca lo contrario, es posible su vigencia independiente. En relación con los convenios bilaterales es destacable el Convenio de España con el Reino Unido de 27 de junio de 1929, relativo al procedimiento en materia civil y mercantil. Nacido al margen de aquellos textos internacionales, este convenio sostiene una relación con el Convenio de 1970 similar a la de los convenios bilaterales adicionales al texto de 1954.

En cuarto y último lugar, el Convenio de La Haya de 1970 establece una denominada "cláusula de compatibilidad" según la cual la existencia de otros convenios, presentes o futuros, que regulen las materias contenidas en el citado texto, no supondrá la derogación automática de éstos (art. 32 del Convenio de 1970) sino que, conforme al Derecho de tratados, o las cláusulas de concurrencia que disponga esos

otros textos, deberá resolverse la situación. No cabe, pues, una solución general para la solución de la concurrencia de otros instrumentos convencionales multilaterales con el de La Haya de 1970. Es por ello que proponemos cuatro posibles situaciones en la que cabe hablar de concurrencia de convenios ya que existe una coincidencia personal, temporal, material y territorial entre los instrumentos afectados⁸⁷. Sin embargo, encontramos supuestos en los que esta coincidencia no es exacta y, a pesar de ello, nos encontramos ante situaciones en las que es necesario decidir conforme a qué texto debe resolverse el problema plantado. Así, podrán coincidir con el Convenio de 1970 la Convención de Panamá de 1975 sobre exhortos o cartas rogatorias, el régimen especial de exhortos establecido por el art. 7 del Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956, el Convenio de Bruselas de 1968 y el Convenio de La Haya de 1965.

Tres pueden ser las posibles relaciones que pueden establecerse entre los textos convencionales: de subordinación, de complementariedad o de exclusión⁸⁸. Cabría, además, utilizar algunas de las categorías empleadas en la teoría general de relación entre normas que nos parecen de utilidad tener en cuenta en estas consideraciones, como es el caso de la relación de suplementariedad entre normas⁸⁹. Veremos, en relación

⁸⁷ En este sentido, S. ALVAREZ GONZALEZ, "Cláusulas de compatibilidad...", cit., p. 42.

⁸⁸ En este sentido, J.D. GONZALEZ CAMPOS *et al.*, *Curso...*, cit., pp. 259-261.

⁸⁹ Como tal debemos entender aquella situación en la que es posible la aplicación simultánea de dos normas que no se necesitan recíprocamente pero que proporcionan una regulación más apropiada para alcanzar los objetivos de ambas normas. En este sentido, véase, entre otros, A. MARTIN VALVERDE, "Concurrencia y articulación de normas laborales", *Revista de Política Social*, 1978, pp. 12-13.

con los textos multilaterales propuestos, cuál de estas categorías puede utilizarse en las relaciones de dichos textos con el Convenio de La Haya de 1970.

3. Supuestos de concurrencia de convenios en relación con el Convenio de La Haya de 1970.

En primer lugar, podemos plantear la conjunción del Convenio de La Haya de 1970 con la Convención de Panamá de 1975 sobre exhortos o cartas rogatorias⁹⁰. Como recordaremos, algunos Estados son parte en ambos Convenios. De este modo, si nuestros tribunales deben solicitar o ejecutar una petición de prueba al extranjero o proveniente del extranjero deberán resolver, en primer lugar, la cuestión de cuál de los dos textos será el aplicable para la transmisión, ejecución y devolución de dicha petición, cuestión a la que intentaremos dar respuesta más adelante.

En segundo lugar, el texto de 1970 puede concurrir en la resolución de una cuestión referida a alimentos con el régimen especial de exhortos establecido por el art. 7 del Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956⁹¹,

En el marco de la relación entre convenios algunos autores utilizan, en lugar de la suplementariedad, la figura del "mosaico convencional". Conforme a éste no existiría, en algunos supuestos, la necesidad de optar entre dos textos sino que cabría la aplicación parcial de ambos para alcanzar una solución más favorable a cada uno de ellos siempre que se respeten la tutela judicial efectiva y la coherencia interna de los textos concurrentes. Véase, en este sentido, S. ALVAREZ GONZALEZ, "Cláusulas de compatibilidad...", cit., p. 58.

⁹⁰ Sobre la necesidad de coordinación entre ambos textos, así como su distinto ámbito territorial de aplicación regional o universal, respectivamente, véase D.P. FERNANDEZ ARROYO, *La Codificación...*, cit., pp. 209 y ss.

⁹¹ BOE, 24 noviembre 1966.

siempre que los Estados implicados sean parte de ambos textos⁹² y se trate de actuaciones judiciales de los tribunales del Estado requirente⁹³.

En tercer lugar, cabe la posibilidad de que nos hallemos ante un supuesto de concurrencia de convenios si aceptamos que, pese a no existir una coincidencia en el ámbito material, sea puntual o general, entre los Convenios, coincida en ambos la tutela de un interés específico, en nuestro caso, el derecho a un proceso justo⁹⁴. Así, la protección de este interés conduce a la consideración de la prueba no como un elemento puntual sino que debe observarse en distintos momentos procesales. Así, deben considerarse los momentos anteriores a la práctica fin de evitar que

⁹² En el caso de que sea aplicable el Convenio de La Haya de 1970 (art. 32) esta situación se producirá respecto de: Alemania, Australia, Barbados, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Israel, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Portugal, República Checa, Singapur, Suecia y Suiza.

Si el convenio general aplicable es el de Panamá de 1975 (art. 15) esta situación se producirá en relación a: Chile, Ecuador, El Salvador y Guatemala. Más complicado resulta resolver la situación respecto a Argentina y México que son también parte del Convenio de La Haya de 1970 pues añade a esta situación de complementariedad otra, a la que nos referiremos más abajo de alternatividad entre ambos textos.

⁹³ Quedarían excluidos, por tanto, los supuestos en los que la Autoridad Remitente del Estado requirente fuese un órgano administrativo (art. 1 Convenio de La Haya 1970) ya que el Convenio de 1970 exige la calificación de "actuaciones judiciales", con independencia de el orden judicial al que pertenezca el tribunal que hace la petición. El elemento que se toma en consideración es la naturaleza de la petición. En este sentido, véanse las conclusiones de la Comisión especial de 1985, cit., pp. 1668 y ss.

Téngase en cuenta, además, las consideraciones de la sentencia en el asunto *In re Santa Fe*, citada.

⁹⁴ Véanse, entre otras, las Sentencias del TEDH, de 24 junio 1993, en el asunto *Schuler-Zraggen c. Suiza*, A núm. 263, pfo. 66; y de 27 oct. 1993, en el asunto *Dombo Beheer BV c. Países Bajos*, A núm. 274 Pfo. 33. En esta última que afirma que el derecho a un proceso justo: "implique l'obligation d'offrir à chaque partie la possibilité raisonnable de présenter sa cause -y compris ses preuves-".

Ténganse en cuenta, entre otras, las Sents. TC 89/85, de 19 julio (*BOE*, 14 septiembre, Fj. 1º); 89/86, cit. (F.j. 2º); 50/88, cit. (F.j. 3º); y 58/89, de 16 marzo (*BOE*, 19 abril, F.j. 4º).

el objeto probatorio desaparezca o se deteriore si existe riesgo y con las debidas garantías. Del mismo modo, debe valorarse, en un momento posterior, si aquélla se ejecutó con las debidas garantías o en infracción de normas imperativas, lo que, evidentemente, puede producir consecuencias en el momento del reconocimiento y ejecución de decisiones.

Ello nos conduciría a plantear la concurrencia entre el texto de 1970 y el Convenio de Bruselas. En primer lugar, existiría esta concurrencia si admitimos la inclusión de las pruebas anticipadas en el art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968⁹⁵. También cabría, en segundo lugar, plantear una situación de concurrencia de ambos textos si admitiésemos la posibilidad de aplicar las normas de reconocimiento del texto de Bruselas a las resoluciones judiciales que contengan la práctica de prueba en el extranjero (art. 25 del Convenio de Bruselas).

En cuarto y último lugar, cabría plantearse la aplicación del Convenio de La Haya de 1965, sobre notificación, a supuestos de obtención de prueba en el extranjero. Mientras que el texto de 1970 excluye su utilización para la notificación (art. 1.1), el texto de 1965 acoge todos los supuestos en los que sea necesaria la notificación. Sin duda, la práctica de prueba en el extranjero puede plantearse de dos formas distintas según se notifique primero para que el testigo, al perito, a un tercero o la parte acuda ante los tribunales del Estado requirente para la práctica de la prueba y, en defecto de la colaboración voluntaria,

⁹⁵ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre 1968 (*DOCE* núm. C 189, de 28 julio 1990)

Las consideraciones que hagamos en adelante respecto al Convenio de Bruselas son también extensible al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre 1988 (*BCE*, 20 octubre 1995; corr. err., 10 enero 1995).

acudir a la petición de práctica de prueba por un tribunal extranjero, salvo que se utilicen otros cauces del Convenio de 1970, en cuyo caso la notificación al testigo, el perito, un tercero o a la parte será interna y se utilizarán las normas procesales del Estado requerido^{*}. Puede observarse, por tanto, que en algunos supuestos pueden concurrir ambos convenios y que el principio de especialidad no es siempre un elemento para la solución de esta cuestión, sobre la que volveremos más adelante.

Serán pues cinco las cuestiones a las que haremos referencia. Trataremos, en primer lugar, aquéllas relativas a la relación de los convenios bilaterales adicionales al Convenio de La Haya de 1954 con el texto de 1970, incluido el Convenio con el Reino Unido de 1929. Y, en segundo lugar, abordaremos las cuestiones de la concurrencia de convenios multilaterales con el texto de la Haya de 1970.

A. Relaciones del Convenio de La Haya de 1970 con los convenios bilaterales adicionales al Convenio de La Haya sobre procedimiento civil de 1954.

Como hemos señalado, el Convenio de 1970 determina la vigencia de los Convenios adicionales al texto de 1954, salvo manifestación en contrario de los Estados parte. Estos textos, de una parte, se ajustan a lo dispuesto en el artículo 28 del texto de 1970 relativo a los contenidos derogables del Convenio mediante la celebración de convenios bilaterales. De otra parte, los convenios adicionales al texto de 1954 matizan, en las relaciones bilaterales, las disposiciones del texto de La Haya de 1970 a modo de declaraciones (art. 35 del Convenio de 1970). En este sentido es destacable lo dispuesto por el artículo 7 del Convenio

^{*} Sobre la posibilidad de utilizar el texto de 1965 para la cooperación pasiva en la ejecución de prueba, véase H. NAGEL, "Richterliche Unabhängigkeit...", cit., p. 240.

adicional al Convenio de La Haya de 1954 celebrado con Austria. En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio de 1970, en el que la información sobre la práctica de la prueba (lugar, fecha, hora) sólo se transmite cuando la autoridad requirente lo solicite expresamente, en el convenio con Austria la información al requirente se configura como un deber que asume el Estado requerido. La consecuencia del incumplimiento en uno y otro caso parece obvia.

En el ámbito de los Convenios de La Haya, la ausencia de información se atribuye a la falta de diligencia del requirente. A éste se le ofrece una mera posibilidad, no el ejercicio de un derecho, y, por tanto, la no utilización de esa posibilidad no puede considerarse como contraria al principio de contradicción⁹⁷ porque el derecho de defensa tiene una especial naturaleza en lo referente a la comisión rogatoria⁹⁸. Así, el incumplimiento de esta condición, no supone la nulidad de la prueba por haber sido obtenida en infracción del derecho de audiencia, salvo que haya sido requerida *ex parte*⁹⁹. Por su parte, conforme a lo

⁹⁷ Téngase en cuenta, Sent. Hoge Raad, First Chamber, de 25 octubre 1991, en el asunto Karel Peters v. Arnoldus Hagemans, *ILP*, 1993, pp. 38 y ss. En este caso se aplicó el texto de La Haya de 1954, que al igual que el de 1970 contiene la posibilidad, que no la obligación, de comunicar el lugar, día y hora de la práctica de la prueba. No se considera, no obstante, que la no intervención de la contraparte en la práctica de la prueba sea un ataque al principio de contradicción.

⁹⁸ Véase, en este sentido, Sent. Corte di Appello di Trieste, de 26 de febrero de 1992, en el asunto Graefenstein c. Prevedel, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, pp. 751 y ss. En ella se trata de probar cuál era el lugar de cumplimiento de la obligación, para determinar el tribunal competente conforme al art. 5.1 del Convenio de Bruselas y al Convenio de La Haya sobre compraventa de 1964. La prueba se practica sin contradicción porque no hubo una petición del interesado (art. 7 Convenio 1970). No obstante, se considera que la contradicción no es una condición absoluta e inderogable a los fines de la utilidad de la prueba.

⁹⁹ En este sentido, Sent. Corte di Appello de Milán, de 10 septiembre 1968, en el asunto Ditta Oriente Export v. Compagnia di Assicurazioni La Villoria, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, pp. 780 y ss. En este caso, en el que se trataba de probar la existencia de un uso de comercio y de ciertas disposiciones del derecho iraní, se considera válida una prueba practicada sin contradicción porque el Estado

dispuesto en el convenio con Austria, el incumplimiento del deber de informar sí supone una merma para la defensa del peticionario de la prueba y constituye, por tanto, un ataque al principio de contradicción y audiencia. En este caso, si la prueba llegase a ejecutarse nos encontraríamos ante una prueba ineficaz por haber sido obtenida de forma irregular¹⁰⁰.

En tercer lugar, algunos de los convenios adicionales al texto de 1954 complementan algunos extremos del texto de 1970. Así, por ejemplo, el Convenio bilateral con Checoslovaquia. Este convenio introduce refuerzos a la cooperación a través de la creación de incentivos para que los testigos y peritos residentes en Estado requirente acudan a la práctica de una prueba en el Estado requerido (art. 8). Incluye, además, la posibilidad de la averiguación, previa petición, de las direcciones de residentes en su territorio a efectos de la notificación, en nuestro caso, para la práctica de la prueba (art. 12 pfo 1º). Y si, por último, el litigio versa sobre una reclamación de alimentos, este Convenio no sólo permite la práctica de una prueba cualquiera sino que, además, incluye la averiguación de la fuente y la cantidad de los ingresos

requerido no tiene deber de comunicar el lugar, día y hora de dicha práctica, salvo que se solicite *ex parte*.

¹⁰⁰⁾ La prueba será considerada nula por nuestros tribunales por haber sido obtenida en infracción del principio de audiencia, siempre que efectivamente haya producido indefensión (arts. 238.3º LOPJ, y 570 y ss. LEC). En lo relativo a la prueba en el extranjero, como hemos señalado, nuestra jurisprudencia no reconoce la posibilidad de solicitar la práctica de prueba en segunda instancia (Sent. TS, de 2 marzo 1974, cit.). Por tanto, si el peticionario español no concurre a la práctica de la prueba en el extranjero no tendrá otra posibilidad de oponerse o defenderse en la ejecución de la prueba, lo que será recurrible en casación (art. 1692. 3º LEC).

Por otra parte, si se pretendiese el reconocimiento en España de una sentencia basada en una prueba que se ha ejecutado sin las debidas garantías, la respuesta debería ser negativa por tratarse de una resolución contraria a nuestro orden público. En relación con esta posibilidad, téngase en cuenta, aunque referido a la investigación de la paternidad, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, cit., p. 252.

del deudor (art. 12. pfo 2º).

Además de estos convenios bilaterales, hemos destacado la importancia del Convenio bilateral celebrado con el Reino Unido en 1929, especialmente, los arts. 8 y siguientes, su influencia en alguna de las disposiciones del Convenio de 1970, como es la forma especial, y su importancia, principalmente en la prueba practicada por comisarios, para la aplicación de las disposiciones del Convenio de 1970, puesto que concreta la genérica formulación que de la prueba por comisarios hace este texto.

A diferencia de los textos de La Haya, la petición de la ejecución de una prueba conforme a una forma especial en el Convenio de 1929 tiene un significado distinto cuando lo que se permite es utilizar normas procesales del Estado requirente por los tribunales del Estado requerido y éstas, además, pertenecen a una tradición jurídica distinta. Así, el Convenio de 1929 abre la posibilidad de que los tribunales españoles puedan realizar preguntas de viva voz, en lugar de la contestación al interrogatorio escrito que debería acompañar al exhorto (art. 8). Esta modalidad en la obtención del testimonio no puede negarse con el amparo de la contrariedad a nuestro ordenamiento ya que éste permite, acabada la declaración de los testigos, la realización de preguntas que se consideren necesarias y sean admitidas en el acto por el juez (art. 652 LEC) y resulta, por tanto, compatible de aquella especialidad con nuestro ordenamiento.

Pero es en la prueba ejecutada por comisarios (art. 9) donde reside el máximo interés de este texto porque complementa y clarifica la regulación contenida en el texto de 1970. El texto de 1970 exigía una cierta ambigüedad que permitiese contener las distintas opciones de

comisarios que existentes entre los países de "common law". Era fundamental que el texto no optase entre el modelo norteamericano y británico sino que abarcase ambos. Esta ambigüedad permite, además, que los perfiles de los comisarios se vayan trazando progresivamente entre países que pertenecen a tradiciones jurídicas distintas. A la práctica de la prueba por comisarios y a la incidencia del Convenio de 1929, y el resto de convenios bilaterales celebrados entre el Reino Unido y algunos Estados europeos, nos referiremos más adelante al analizar la regulación de la prueba practicada por comisarios.

B. Relaciones entre el Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero y la Convención de Panamá de 1975 sobre exhortos o cartas rogatorias.

Para que nos encontremos ante una concurrencia de esta Convención con el Convenio de La Haya de 1970 es necesario, en primer lugar, que la petición proceda o se dirija a Argentina, Méjico y Venezuela, ya que son Estados parte en ambos Convenios.

Una segunda consideración que debemos hacer es que si bien, en principio, el ámbito material ambos textos coincide debemos hacer algunas precisiones al respecto. Primeramente, debemos recordar que el texto de 1975 también se aplica a la notificación, citación o emplazamiento en el extranjero (art. 2.a)). Y, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el Convenio de 1970 se aplica, exclusivamente, a materias civiles y mercantiles, mientras que la Convención de Panamá prevé la posibilidad de extender, mediante declaración unilateral, su

aplicación a materias laborales¹⁰¹, penales, contencioso-administrativas, arbitraje o "materias objeto de jurisdicción especial" (art. 16). Desconocemos si alguno de los países mencionados ha ejercitado dicha facultad. Por todo ello, en nuestra referencia a la concurrencia de ambos textos debemos comprobar que esté afectado alguno de los países referidos, la materia a la que se refiera el supuesto concreto sea la obtención de prueba en el extranjero y, por último, que se trate de un proceso civil o mercantil.

Como hemos señalado, la CIDIP optó por fragmentar en dos la materia de prueba a fin de lograr un consenso semejante al Convenio de La Haya de 1970 pero sin los inconvenientes que presentaba éste. El Convenio de 1975 traza las líneas generales de la cooperación judicial internacional, en paralelo con lo que en la labor de La Haya hicieron los textos anteriores a los convenios de notificación y prueba (1896, 1905 y 1954), aunque con un objeto más limitado. Nos encontramos, por tanto, de una parte, con un texto genérico, como es el de Panamá, que regula ciertos aspectos de la cooperación judicial internacional (notificación y prueba) y, de otra, con un texto específico para la obtención de prueba en el extranjero.

Por tanto, si nos encontramos en una petición de prueba bien dirigida a los Estados citados, bien proveniente de los mismos, el principio de especialidad conduciría a la aplicación prioritaria del texto específico en materia probatoria frente al general. A la misma conclusión llegaríamos, aunque por un camino distinto, si el punto de partida fuese

¹⁰¹ Que, sin embargo, en el texto de La Haya se encuentran incluidas en las materias "civiles y mercantiles" de su art. 1. Véanse, en este sentido, las Conclusiones de la Comisión especial de 1989, cit., pp. 1556 y ss; y A. BORRAS RODRIGUEZ, "El funcionamiento...", cit., p. 662.

la igualdad entre ambos textos a partir del desplazamiento hacia las normas más favorables a la cooperación. Así, si aplicásemos el Convenio de 1975, su art. 15, mediante la remisión a las "prácticas más favorables en la materia" podría fundamentar la aplicación prioritaria del Convenio de 1970 "más favorable" a la práctica de la prueba. Por otra parte, si aplicásemos el Convenio de 1970, el art. 27 permitiría tan sólo la aplicación de aquellas disposiciones menos restrictivas que las contenidas en este texto. Así, sólo tendríamos en cuenta la posibilidad de utilizar la transmisión directa del interesado al órgano requerido prevista en el art. 4 de la Convención de Panamá, ya que formar parte de este texto puede considerarse como una declaración en el sentido del apartado a) del citado art. 27.

Por todo ello, la conclusión que podemos alcanzar es la preferencia del texto de 1970 sobre el de 1975, si bien, utilizando de éste cuantas disposiciones sean más favorables para los objetivos del primero, en una suerte de lo que se ha denominado "mosaico convencional"¹⁰².

C. Relación del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero y el art. 7 del Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956.

El Convenio de 1956 contiene entre sus disposiciones un régimen especial para los exhortos cuando éstos se requieren en una procedimiento de alimentos (art. 7) con el fin de obtener información para la obtención de alimentos por el demandante, en el territorio de un Estado contratante, a cuya jurisdicción el demandado está sujeto

¹⁰² Véase, en este sentido, S. ALVAREZ GONZALEZ, "Cláusulas de compatibilidad...", cit., p. 58.

(art.1.1º). Sin embargo, estas reglas especiales se refieren sólo a aspectos concretos de la tramitación, ejecución y devolución de los exhortos y, por tanto, necesitan, en todo caso, del complemento de una regulación general que cubra el resto de las cuestiones que pudieran plantearse. Tanto es así que el propio texto de 1956 proclama su naturaleza adicional tanto respecto a las disposiciones del Derecho interno, como a las previstas por el Derecho internacional aplicable al caso (art. 1.2º).

Ninguno de los dos textos contiene, por tanto, una cláusula que desplace la aplicación del otro sino que, justamente, ambos abogan por la aplicación conjunta de los dos. Sin embargo, el Convenio de 1956, en la materia que regula, es una *lex specialis* respecto del Convenio de 1970 cuyo ámbito material de aplicación es muy amplio, como hemos señalado, y que se vería desplazado en los aspectos concretos regulados por el texto de 1956, si bien se aplicaría para el resto de problemas no contemplados por él.

El art. 7 del texto de 1956, que toma como modelo para ser completado el Convenio de La Haya de 1954 ¹⁰³, no sólo prevé la posibilidad de pedir pruebas para que sean practicadas por los tribunales del Estado requerido sino que amplía la petición a cualquier otra Autoridad o Institución en dicho Estado (apdo. a)). En segundo lugar, y esta es una diferencia importante en relación a los Convenios de La Haya que exigen la petición expresa del Estado requirente de ser informado sobre la fecha lugar y hora de la ejecución (arts. 11, pfo. 2º Convenio de La Haya de 1954 y 7 Convenio de La Haya de 1970), el texto de 1956 obliga al tribunal competente del Estado requerido a informar sobre

¹⁰³ En la actualidad sólo funciona como tal respecto de Bélgica.

estas circunstancias no sólo al demandado sino, además, a la Autoridad peticionaria del Estado requirente o de origen de la petición de cooperación y a la Institución Intermediaria (apdo 2º). La razón de esta obligación de informar debemos encontrarla en la necesaria protección reforzada cuando nos encontramos ante una cuestión relativa al derecho de familia.

En tercer lugar, y en esta línea protectora, se impone al Estado requerido la obligación de cumplir con la petición en un plazo máximo de 4 meses, considerado como suficiente si se ha actuado con la diligencia debida. En caso contrario, la Autoridad del Estado requerido deberá informar de las razones de la demora o falta de cumplimiento. En los Convenios de La Haya se establece el carácter prioritario y urgente de las peticiones de cooperación judicial internacional. Sin embargo, la calificación de la urgencia se deja en manos de los tribunales del Estado requerido que tienen que decidir conforme a su actividad habitual la agilización de la tramitación, lo que, en general, oscila entre 4 y 6 meses de media. Esta situación de urgencia debe hacerse compatible con el principio de utilidad de la prueba promovido por el texto de 1970, y que, como veremos no es pacífico ya que plantea problemas sobre la determinación de los criterios que deben regir el orden de tramitación en su concurrencia con las actuaciones procesales internas. Por ello, la concreción de un período razonable para la tramitación de exhorto y la carga de la justificación de la demora por parte de las autoridades del Estado requerido, debe ser entendida como una mejora para respecto de la tutela de las situaciones protegidas por el Convenio de 1956.

Por último, el Convenio de 1956 recoge como causas de exclusión las mismas dispuestas en el Convenio de La Haya de 1954 (art. 11): falta de autenticidad y menoscabo de la soberanía o de la seguridad del Estado

requerido (art. 7.e)). Nada establece, sin embargo, este Convenio sobre los canales de transmisión del exhorto o las vías para la ejecución del mismo. Para ello podrán utilizarse los dispuestos a tal efecto por el texto de 1970.

No obstante, afirmar la existencia de esta relación de complementariedad entre ambos textos internacionales nos plantea la duda de si no sería más conveniente utilizar directamente los cauces del Convenio de 1970, con su búsqueda del equilibrio de intereses, la rapidez y la utilidad. Y ello se nos plantea porque, no en vano, el Convenio de 1956 elabora normas sobre exhortos que pretenden concretar y mejorar las disposiciones del Convenio de 1954, que como hemos señalado, son muy genéricas y necesitan de una concreción bilateral posterior.

Es cierto que el texto de 1956 busca la tutela de unos intereses concretos en derecho de familia frente al de 1970 que pretende la tutela genérica de las materias civiles y mercantiles. Sin embargo, ello no obsta a que, como el propio texto de 1956 reconoce, si existen normas internas o internacionales que mejoran, agilizan o simplifican las opciones convencionales, éste pasará a tener un carácter puramente adicional. A los efectos que nos interesan, si admitimos la posibilidad de aplicar el Convenio de La Haya de 1970 para la transmisión, ejecución y devolución de la petición de exhortos, excluyendo, por tanto, las peticiones de información por autoridades no judiciales, excepto para la concreción de la urgencia de la tramitación que se sustituiría por la regla del art. 7 del Convenio de 1956, porque es una regla especial respecto al art. 9 del Convenio de 1970, tal vez los resultados fuesen más beneficiosos a los intereses de éste que la aplicación de sus normas específicas elaboradas a la sombra de un Convenio menos ambicioso y menos dinámico que el de 1970.

D. Relación del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero y el Convenio de Bruselas de 1968.

Como hemos señalado, para que podamos plantearnos la concurrencia de éste con el Convenio de 1970, y tengamos que determinar cuál es la relación entre los dos textos, es necesario que admitamos dos premisas: la primera es la inclusión en el art. 24 del Convenio de Bruselas de las medidas de aseguramiento de prueba o la prueba anticipada y, la segunda se refiere a la posibilidad del reconocimiento de resoluciones judiciales interlocutorias en materia de prueba (art. 25).

Recordemos, una vez más, que para que exista concurrencia de Convenios es necesaria la identidad del ámbito material, territorial, temporal y personal. De entre estas cuatro condiciones la que nos parece de más difícil constatación es la primera, la coincidencia en el ámbito material del texto de La Haya de 1970 y de Bruselas de 1968. Las condiciones restantes sí se darían toda vez que la mayor parte de los Estados de la Unión Europea, excepto Bélgica e Irlanda, respecto de los cuales las consideraciones subsiguientes no serían aplicables, lo son en los dos textos.

La primera razón para inadmitir la concurrencia de convenios proviene de la diferencia en los objetos de uno y otro texto. *A priori* parecería arriesgado admitir que entre el texto de 1970 y el de Bruselas de 1968 haya identidad de objetos. Es evidente que el objeto del primero es la obtención de prueba en el extranjero mientras que el de Bruselas de 1968 se circunscribe a la determinación de la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.

Sí existe, sin embargo, una coincidencia parcial en el ámbito material de aplicación de los dos textos ya que ambos se refieren a materia civil y mercantil¹⁰⁴. No obstante, hemos puntualizado el carácter parcial de esta coincidencia. Así, mientras que el Convenio de La Haya se aplica a todas las cuestiones ubicables bajo la rúbrica civil y mercantil, el Convenio de Bruselas, hasta su próxima extensión al derecho de familia, no se aplica a cuestiones de derecho de familia, sucesiones, quiebra, Seguridad Social o arbitraje (art. 1 del Convenio de Bruselas). Por último, recordemos que ambos textos tutelan el derecho a un proceso justo.

A pesar de todo ello, surge la duda de si es posible utilizar el art. 24 del Convenio de Bruselas para evitar que la existencia de un riesgo y el transcurso del tiempo puedan hacer desaparecer pruebas dirigidas a un proceso futuro o a la adopción de medidas anteriores a la ejecución de la prueba tendentes a evitar su desaparición o menoscabo hasta el momento procesal oportuno. Tampoco debemos olvidar que la petición de la ejecución de pruebas en el extranjero se materializan en resoluciones judiciales (en nuestro caso, Autos¹⁰⁵) susceptibles de ser reconocidas y ejecutadas conforme al Convenio de Bruselas (Título III).

¹⁰⁴ Téngase en cuenta que la calificación no dependerá de la naturaleza del órgano judicial sino de la existencia de intereses privados. El Convenio de Bruselas toma de la tradición de La Haya esta opción, la misma que conduce al no establecimiento previo de una definición para evitar que los formalismos y las asimetrías en los ordenamientos de los Estados parte sean causa de inoperancia del Convenio. En este sentido, véase Informe Jenard, cit., pp. 131 y 160. En él se hace referencia a la inspiración en este sentido de los Convenios de La Haya elaborados en 1896, así como a la posibilidad de su aplicación por tribunales sancionadores y administrativos.

¹⁰⁵ Véanse los arts. 245.1. de la LOPJ y 369 de la LEC. Deberán adoptar la forma de Autos las resoluciones relativas a "la denegación del recibimiento a prueba o de cualquier diligencia de ella".

Gracias a la ambigüedad del Convenio de Bruselas es admisible plantear la inclusión de supuestos inicialmente no previstos por el legislador convencional pero que razones de eficacia harían aconsejable su uso, siempre que éstos no hayan sido expresamente excluidos. La posibilidad de aplicar el Convenio de 1968 a la prueba en el extranjero no es la única razón que nos impulsa a la búsqueda de respuestas a la hipotética concurrencia de los textos señalados. Existen, además, otras razones que hacen muy atractiva dicha posibilidad. Una primera razón es la existencia de un interés comunitario por potenciar la cooperación judicial en materia civil y mercantil¹⁰⁶ que se concreta en la voluntad de elaborar un "Derecho procesal europeo" basado en el principio de confianza comunitaria y libre circulación de las resoluciones, del que el Convenio de Bruselas es el primer paso. Esta voluntad dirigida hacia crear un Derecho procesal civil comunitario ha planteado, por ejemplo, la necesidad de crear fórmulas propias para la notificación de resoluciones al margen de las disposiciones del Convenio de La Haya de 1965, en el que son parte todos los Estados comunitarios¹⁰⁷.

Junto a ésta, el Convenio de Bruselas puede ofrecer apoyos para la resolución de algunos de los puntos débiles del Convenio de La Haya,

¹⁰⁶ Véase el art. K.1. apdo. 6º del Tratado de la Unión Europea (*BOE*, 13 enero 1994; corr. err., 14 de enero). Téngase en cuenta, además, E. VILARIÑO PINTOS, "La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización", *RIE*, 1994-1, pp. 61 y ss.

Téngase en cuenta, además, la Acción Común, de 22 de abril de 1996, adoptada por el Consejo en virtud del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea (*DOCE* núm. L 105, 27 abril 1996), mediante la cual se crea la figura del "magistrado de enlace" a fin de "impulsar y acelerar (...) todo tipo de cooperación judicial" tanto en materias penales como civiles (art. 2).

¹⁰⁷ Véase el Acuerdo de los quince Estados CE para elaborar un proyecto de convenio relativo a notificación de los actos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, citado.

i.e. la prueba anticipada destinada a un proceso futuro que se tramita a través de una comisión rogatoria, y que, pueden paralizar el acceso a la justicia dado el escaso arraigo en los países europeos de utilizar las vías más rápidas.

a) **La posibilidad de utilizar el art. 24 del Convenio de Bruselas para la adopción de medidas de aseguramiento de la misma o para la práctica de pruebas anticipadas.**

El art. 24 del Convenio de Bruselas hace referencia a la competencia para la adopción de medidas provisionales y cautelares a un tribunal distinto del que conoce de la acción principal. Para determinar cuáles son las medidas provisionales y cautelares abarcadas por el citado artículo se ha defendido la necesidad de una noción autónoma¹⁰⁸ que podría permitir la utilización del Convenio de Bruselas para la práctica

¹⁰⁸ Véase, en este sentido la Sent. TJCE, de 26 marzo 1992, en el asunto M. Reichert, H. Reichert & Ingeborg Kockler c. Dresdner Bank AG, *Recop.*, pp. 2149 y ss.: "En consecuencia, procede considerar como "medidas provisionales o cautelares" a efectos del artículo 24 las medidas incluidas en el ámbito de aplicación de Convenio que están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto." [punto 34].

Véanse, además, las Sents. TJCE, de 6 marzo 1980, en el asunto De Cavel c. De Cavel (II), *Rec.*, 731 y ss.; y de 21 mayo 1980, en el asunto Bernard Denilauler c. SNC Couchet Frères, *Rec.*, pp. 1553 y ss., apartado 33.

La doctrina alemana también se ha pronunciado favorable a esta naturaleza autónoma. Así B. R. HEISS, *Einstweiliger Rechtsschutz in europäischen Zivilrechtsverkehr (art. 24 EuGVÜ)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987, pp. 56 y ss; y, con matices, Ch. ALBRECHT, *Das EuGVü und der einstweilige Rechtsschutz in England und der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1991, pp. 108 y 167. En contra, J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, Heidelberg, 1993, pp. 274-275.

Asimismo, ténganse en cuenta las Sents. de la Cour cass. (1ère Ch. civ.), de 22 enero 1991, en el asunto Soc. Krupp et al. c. Soc. Trailigaz *et al.*, *Rev. crit. dr. i. pr.*, 1993,-1, pp. 46 y ss., y nota G. COUCHEZ, *Clunet*, 1993-1, pp. 156-157; y Cour de Cassation (Chambre commerciale, financière et économique), de 10 marzo 1992, en el asunto Krupp Widia GmbH c. Société Schlumberger Industries, *Clunet*, 1993-1, pp. 156 y ss.

de prueba anticipada¹⁰⁹, si bien el citado artículo no determina los puntos de conexión para la práctica de la prueba.

No puede argumentarse en contra de su inclusión que no concurren en la prueba anticipada o en las medidas de aseguramiento de prueba los elementos identificadores de las medidas cautelares y provisionales¹¹⁰. La prueba anticipada se practica a fin de evitar que por el transcurso de tiempo la prueba pueda desaparecer o deteriorarse antes de la interposición de la demanda o antes del momento procesal de la práctica de la prueba (*periculum in mora*) siempre que, además, le sean aportados al juez los elementos necesarios para considerar la necesidad de aquélla en relación con un procedimiento futuro (*fumus boni iuris*)¹¹¹.

¹⁰⁹ Interrogante que se ha planteado expresamente ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades a través de la Cuestión prejudicial C-99/95, en el asunto Saueressig GmbH & Co. v. Forbo-Krommenie BV, Hoge Raad, presentada en el Registro el 22 abril 1996. En esta cuestión se pregunta al Tribunal si un procedimiento holandés de práctica de prueba anticipada de testigos, previa al inicio de un procedimiento estaría tutelado por el art. 24 del Convenio de Bruselas.

¹¹⁰ Véase sobre el cumplimiento del requisito de la instrumentalidad en las medidas de aseguramiento de prueba cuando éstas revistan la forma de prueba anticipada, C. GONZALEZ BEILFUSS, *Nulidad e infracción...*, cit., pp. 178-179.

¹¹¹ Sobre la concurrencia de ambos requisitos véanse el art. 145 NCPC francés y la interpretación de estos requisitos en las Sent. App. Orleans, de 4 marzo 1983, *Recueil Dalloz*, 1983, p. 343; y App. París, de 8 junio 1988, *Recueil Dalloz*, 1988, IR 206. En estas sentencias se precisa que el art. 145 NCPC francés no sirve para concretar las pretensiones de la parte cuando estas aparezcan de manera abstracta y difusas.

Ténganse en cuenta, además, arts. 693 y 696 del NCPC italiano, parágrafo 487 de la ZPO y arts. 24 de la Ley Competencia Desleal (Ley 3/91, de 10 enero (BOE, 11 enero); y 129 de la Ley de Patentes (Ley 11/86, de 20 marzo (BOE, 26 marzo)).

Véanse, además, las sentencias de la High Court of Justice, Chancery Division, 24 oct. 1984, en el asunto Altext Inc. c. Advanced Data Communications Ltd, *GRUR Int.*, 1985-10, p. 681; y Cour d'appel de Versailles (14ème ch.), de 9 abril 1993, en el asunto Soc. Luxguard c. Soc. Sitracco et al., *Rev. crit. dr. i. pr.*, 1995-1, pp 80-83, entre otras.

Tampoco puede utilizarse como argumento para la exclusión de la prueba anticipada del art. 24 del Convenio de Bruselas determinadas decisiones adoptadas por Estados parte en el citado Convenio. Así, por ejemplo, de la opción de las autoridades británicas en la Act de transposición del Convenio de 1982, de la conveniencia de la exclusión de la prueba del art. 24 [art. 25 (7) (b)¹¹²] no puede utilizarse como regla incuestionable puesto que encontramos, también, ejemplos que reforzarían la posición contraria, es decir, su inclusión en el art. 24 del Convenio de Bruselas¹¹³.

Podría, no obstante, utilizarse, sin embargo, los argumentos contenidos en la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 31 de marzo de

¹¹² Véase el texto de la citada Act en P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Professional Books Limited, Oxford, 1987, pp. 1797 y ss.

No obstante, algunos defienden la inclusión de las "Anton Piller Orders" y las "Mareva Injunctions" relativas a la práctica de la prueba en el art. 24 del Convenio de Bruselas y la utilización, además, para su ejecución de la vía del art. 25 a pesar de los problemas que este tipo de "injunctions" conllevan de desequilibrio posición demandado o infracción del derecho a la presunción de inocencia. En este sentido, véase, S. GEE, *Mareva Injunction & Anton Piller Relief*, 2nd ed. Longman, Londres, 1990, p. 7.

El ajuste de las "injunctions" a los derecho de defensa motivó la interposición de un recurso ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos contra el Reino Unido que concluyó con la sentencia en el asunto Chappell v. UK, 1989, F.S.R. 617, Serie A, vol. 152. Véase la nota relativa a la misma de L. COLLINS, *LQR*, 1990, pp. 173 y ss. En este recurso el problema planteado era el ataque que suponía al derecho a la intimidad una medida de obtención de material probatorio anterior a un proceso, prácticamente ilimitada y que puede afectar a todas las relaciones del afectado.

¹¹³ En este sentido, Sent. Juzgado 1ª Instan. Vitoria-Gasteiz, de 17 marzo 1993, *REDI*, 1994-2, pp. 858-859; y la sentencia en el asunto Soc. Luxguard c. Soc. Sitraco *et al.*, citada.

Véase, además, la jurisprudencia belga citada en C. GONZALEZ BEILFUSS *Nulidad e infracción...*, cit., pp. 179 y ss.

Téngase en cuenta, por último, AA.VV. *Pre-emptive Remedies in Europe*, Longman, 1992, pp. 37 y ss.

1982¹¹⁴. Así, el Tribunal señala que el art. 24 del Convenio de Bruselas sólo se aplica cuando el objeto del proceso está incluido dentro del ámbito de aplicación de aquél y, además, cuando la medida cautelar está destinada a proteger la cuestión principal del litigio, no cuando aquélla tiene por objeto una cuestión accesoria al mismo, como es la medida cautelar destinada a asegurar la prueba o, en el caso, evitar su utilización.

Son más, en nuestra opinión, las razones que nos conducen a la admisión de su inclusión en el art. 24 del Convenio de Bruselas que las que la niegan. Pensemos que esta posibilidad, especialmente cuando se refiere a un proceso futuro en el que la prueba no sólo es el refuerzo a unas alegaciones sino el acceso a la jurisdicción, reforzaría la declaración de intenciones del texto de 1968 pues fortalece la protección jurídica de las personas establecidas en la Comunidad¹¹⁵. Ello, sin embargo, no debe suponer una ruptura del equilibrio procesal en favor del demandante sino su tutela cuando de otro modo se vería privado de ella, por lo que son exigibles unas ciertas garantías reforzadas. Así se exige la concurrencia de las mismas condiciones exigidas para la adopción de cualquier medida cautelar o provisional como es la existencia de un *periculum in mora* y de *fumus boni iuri*, que el peticionario tenga un derecho de acción, que no sea posible la tutela del derecho por otras

¹¹⁴ Véase la Sent. TJCE, de 31 marzo 1982, en el asunto CHW c. GJH, *Rec.*, 1982, pp. 1189 y ss.

¹¹⁵ Véase, en este sentido, la Sent. Cour d'Appel de Bruselas, de 11 febrero 1977, en el asunto Soc. Eli Lilly, *Digest of case law relating to the European Communities*, Cour of Justice of European Communities, febrero 1993, vol. I, referencia núm. I.24.B.3. Se trataba en este supuesto de utilizar el art. 24 del Convenio de Bruselas para proteger el material probatorio, relativo a la infracción de patentes, amparándose en las disposiciones contenidas en el Código de procedimiento judicial (art. 1481 y ss.) con anterioridad al inicio de un proceso ante los tribunales holandeses.

vías, entre otras. Todo ello, sin embargo, no obsta para que, en algunos casos, la respuesta de su uso en los mismos supuestos en los que sería de aplicación el Convenio de La Haya 1970 pudiera, como veremos más adelante, ser negativa.

b) Los arts. 24 y 25 del Convenio de Bruselas y la práctica de prueba en el extranjero.

Debemos diferenciar dos supuestos distintos dentro de este apartado. De una parte, los problemas que derivan de la inclusión en el art. 24 del Convenio de Bruselas de las pruebas anticipadas o de otras medidas de aseguramiento de prueba. Dos son las hipótesis que caben plantearse en relación con el art. 24: la primera que se refiere a la utilización de este artículo para la adopción de medidas de aseguramiento de prueba, incluida la prueba anticipada, por un tribunal distinto del que conoce o puede conocer del proceso; y, la segunda, relativa a la posibilidad de que el tribunal que conoce del fondo pueda requerir al tribunal de otro Estado la adopción de medidas de aseguramiento de prueba.

De otra parte, hemos de referirnos a los problemas específicos que se plantean en el supuesto de la aplicación del art. 25 del Convenio de Bruselas para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia probatoria. En nuestro caso la cuestión se plantearía cuando el Estado en el que se hallan las pruebas adopta medidas de aseguramiento o realiza una práctica anticipada de la prueba para su posterior incorporación a un proceso principal pendiente en otro Estado.

i) **El art. 24 del Convenio de Bruselas.**

Admitida la posibilidad de utilizar el art. 24 del Convenio de Bruselas para la adopción de medidas de aseguramiento de prueba, cabe preguntarnos qué ocurre si el Estado donde se encuentra el material probatorio o Estado requerido ejecuta, *motu proprio*, una prueba anticipada destinada a un proceso, presente o futuro, para que se integre, con posterioridad, en un proceso en el Estado requirente¹¹⁶.

En este caso, la prueba anticipada se incorporará a una resolución judicial que para que produzca efectos en el Estado requirente debe tramitarse a través del reconocimiento de resoluciones (art. 25 del Convenio de Bruselas). Para que sea posible plantearnos el reconocimiento de esta resolución será necesario que la prueba anticipada se haya ejecutado con las garantías debidas de la parte contraria¹¹⁷ ya que, en otro caso, no sería posible, en principio, el reconocimiento de tal resolución pues podría considerarse como manifiestamente contraria al orden público (art. 27.1. del Convenio de Bruselas¹¹⁸).

¹¹⁶ Sólo es posible adoptar una medida de aseguramiento de prueba si se reconoce esta posibilidad en los ordenamientos del Estado requirente y del Estado requerido (doble calificación) y sólo en los supuestos previstos por el ordenamiento del primero. Así, I. SZASZY, *International Civil Procedure (A Comparative study)*, Budapest, 1967, p. 285.

¹¹⁷ Véanse los arts. 46.2 y 48 del Convenio de Bruselas, sobre la necesidad de probar el conocimiento de la contraparte de la actuación judicial, si bien, cuando de los hechos el juez pueda deducir éste, este requisito se dispensa.

¹¹⁸ En relación con la inclusión dentro de la excepción de orden público del art. 27.1 del Convenio de Bruselas tanto de los aspectos sustantivos como procesales de la resolución, véanse, entre otros, N., PARISI, "Spunti in tema di ordine pubblico e Convenzione giudiziaria di Bruxelles", *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991-1, pp. 13 y ss. (esp. pp. 20-21); Informe M. VIRGOS/E. SCHMIT sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia de 23 de noviembre de 1995, en *Derecho procesal civil europeo*, edición preparada por M. VIRGOS SORIANO/F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1996, pfo. 206. En éste último se señala que deberían considerarse incluidas "las garantías procesales

Este primer control ha conducido a la afirmación de que si bien es admisible considerar la posibilidad de incluir en el art. 24 del texto de 1968 la prueba anticipada, sólo lo es en la medida en que en dicha prueba intervengan y sean oídas las dos partes en el proceso o que lo serán en el proceso futuro¹¹⁹. Así, quedarían excluidas de dicha posibilidad las pruebas unilaterales o *ex parte*¹²⁰, es decir, que se

esenciales, como el principio de audiencia debida y el derecho a la participación en el proceso".

En contra de la inclusión de los aspectos procesales, véase, P. ABARCA JUNCO, "La excepción del orden público en el Convenio de Bruselas de 1968", *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, núm. 6, 1994, pp. 13 y ss. (esp. p. 23). Esta autora rechaza la inclusión de los aspectos procesales pues ello supondría un control, por el juez del reconocimiento, de la correcta aplicación de propias normas procesales del juez de origen, contrario, a todas luces, con la prohibición de revisión del fondo establecida en el art. 28 del propio Convenio de Bruselas.

Véase, además, la Sent. Cour d'appel de Lyon, de 18 abril 1978, en el asunto Theillol v. Office de la jeunesse de Fribourg, *Clunet*, 1979, pp. 383 y ss. En este supuesto se reconoce una resolución alemana de alimentos en la que, en ausencia de una prueba hematológica, se determina la filiación, que da origen al derecho de alimentos, en consideración del testimonio de la madre y otras prueba indirectas. El tribunal francés considera que tal reconocimiento no es contrario al orden público francés.

A nuestro juicio, es el primero de los supuestos el que debe considerarse a la hora de valorar la compatibilidad del reconocimiento de la decisión con el orden público del Estado de reconocimiento pues no supone una revisión de la corrección en la aplicación del propio ordenamiento procesal por el juez del Estado de origen sino limitar el acceso de una resolución que se opone a los principios esenciales del procedimiento contenidos en el art. 24 de nuestro texto constitucional.

¹¹⁹ En este sentido, véase la Sent. TJCE en el asunto Bernard Denilauler v. SNC Couchet Frères, cit., p. 1569. En contra, véase la Nota a la misma en *Clunet*, 1980, pp. 946 y ss.

Véanse, además, los arts. 592 y 636 y ss. de la LEC, que los que se exige la audiencia de las partes procesales, incluso, antes del inicio del proceso y exista una situación de urgencia. En el NCPC italiano, sólo se excluye la audiencia de la contraparte cuando exista una urgencia excepcional (art. 697 NCPC italiano). La notificación debe hacerse lo antes posible bajo sanción de nulidad en otro caso) En este mismo sentido, véanse, además, los parágrafos 485, 491 y 493 (2) ZPO.

¹²⁰ Las denominadas pruebas unilaterales o *ex parte* hacen referencia a pruebas cuyo objeto es evitar, cuando existen indicios, que cierto material probatorio pueda ser destruido o manipulado. Para ello es necesario primar la tutela del derecho del demandante sobre el del demandado, lo que supone, por ejemplo, que no se le comunica su ejecución *ex ante* para proteger el efecto sorpresa que caracteriza a este tipo de medidas.

Encontramos este tipo de medidas en los ordenamientos inglés y francés.

practican sin audiencia de la contraparte y que buscan la rapidez y un efecto sorpresa para evitar su manipulación o destrucción. La razón la encontramos en que estas medidas priman la rapidez sobre los principios de contradicción y audiencia¹²¹. De manera que se rechazaría la posibilidad de utilizar el art. 24 del Convenio de Bruselas para adoptar alguna de estas medidas de aseguramiento de prueba o pruebas anticipadas para ser ejecutadas en el extranjero pues, en ningún caso, podrían ser reconocidas.

Sin embargo, antes de hacer una afirmación tan rotunda debe tenerse en cuenta que el art. 27.1 del Convenio de Bruselas parte de que la resolución objeto de reconocimiento ha establecido una cierta situación entre las partes, ya sea definitiva o esté sujeta a recurso. En un supuesto tal, las garantías de audiencia y contradicción se valoran en el conjunto del proceso, no respecto de cada una de las diligencias judiciales que lo integran, excepto en el supuesto de la notificación que tiene una tutela reforzada (art. 27.2 Convenio de Bruselas).

Respecto del derecho francés, las medidas de aseguramiento de prueba podrán ser contradictorias o no, dependiendo de que se utilice la vía de las "ordonnances sur requête", en las que no hay contradicción (arts 493 y ss. NCPC francés) o de las "ordonnances de référé", que sí exigen contradicción (arts. 484 y ss. NCPC francés), si bien las primeras parecen ser las más compatibles por la necesidad de sorpresa.

En lo que se refiere al derecho inglés, las *injunctions* utilizadas para proteger la prueba a través de la práctica anticipada de las mismas son la "Anton Piller Order" y, en menor medida, las "Mareva Injunctions". Las primeras se utilizan, especialmente, en lo relativo a los litigios referidos a la propiedad industrial, mientras que las segundas se limita a la obtención de información de entidades de crédito sobre existencia de bienes del deudor. Excepcionalmente, éstas también pueden ser *inter partes*. Respecto a los problemas planteados en el ordenamiento inglés en relación a las "Anton Piller Orders" y "Mareva injunctions", véase N. ANDREWS, *Principles of Civil Procedure*, Sweet and Maxwell, Londres, 1994, p. 162.

¹²¹ Estas no serían reconocibles pues se prima la rapidez y el efecto sorpresa sobre la garantía de los derechos, por lo que es necesaria cierta precaución para no gravar la posición del demandado. Véase, en este sentido, B.C. CAIRNS, "Discovery and Preservation of Evidence under inherent jurisdiction", *C.J.Q.*, 1985, pp. 309 y ss. (esp. 319-330); y sentencia en el asunto Chappell c. UK, cit. *supra*.

Si el orden público es una excepción restringida a su "manifiesta" contrariedad al ordenamiento del Estado requerido, y si, excepto para la notificación, el Convenio de Bruselas induce a la valoración conjunta de las oportunidades de contradicción y audiencia de las partes, parece lógico el orden público no sea oponible, en principio, al reconocimiento de las resoluciones en las que se contenga el resultado de la práctica de estas pruebas unilaterales, sino que este rechazo, en su caso, debería trasladarse al momento del reconocimiento de la resolución en el que el juez podrá valorar si la falta de audiencia en la prueba se ha reequilibrado a través de los mecanismos previstos en el Estado donde se conoce el litigio en el que se integra dicha prueba. Si se mantiene, sin embargo, su utilización en el reconocimiento de la resolución probatoria su admisión o no dependerá de su compatibilidad o no al orden público del Estado requerido¹²².

Superado este primer obstáculo, podría plantearse una segunda cuestión relativa a cómo deben actuar los tribunales del Estado requirente si se les atribuye una competencia exclusiva en el litigio donde debe integrarse la prueba, mientras que el Estado de situación de la prueba o Estado requerido ejecuta una prueba anticipada que pudiera incidir en el proceso ante los tribunales del Estado requirente¹²³. A este fin, el Convenio de Bruselas parte de que la concurrencia de competencias se produce cuando dos tribunales conocen a título principal¹²⁴, uno con

¹²² En este sentido, téngase en cuenta el Informe M. VIRGOS/E. SCHMIT sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia de 23 de noviembre de 1995, cit., pfo. 207.

¹²³ Sobre el respeto de las competencias exclusivas también en la adopción de medidas cautelares y provisionales, véase P. KAYE, "Extraterritorial Mareva...", pp. 12 y ss.

¹²⁴ En este sentido, véase R. ARENAS GARCIA, *Control de oficio de la Competencia judicial internacional*, ed. Eurolex, Madrid, 1996, p. 113.

una competencia exclusiva y otro con una competencia no exclusiva. Con una decisión tal lo que se pretende es evitar la producción de resoluciones que no puedan ser reconocidas en otro Estado contratante (art. 27. 3º Convenio de Bruselas). Este no parece ser, sin embargo, el supuesto de la prueba anticipada.

La práctica de una prueba anticipada, cuando el ordenamiento propio así lo permite, tiene siempre carácter incidental y, en ningún caso supone el conocimiento a título principal, ni siquiera cuando la prueba anticipada se ejecute una vez iniciado el proceso en el Estado de origen o requirente. En este supuesto, la prueba se integrará, si su ordenamiento lo permite, previo reconocimiento, mediante un procedimiento incidental¹²⁵. No obstante, esta hipótesis, a nuestro juicio, parece poco probable pues, si existe el riesgo, después de iniciado el proceso, lo coherente parece ser que el juez del Estado requirente adopte las medidas oportunas para que la prueba se produzca en un momento anterior al procesalmente oportuno¹²⁶ y se incorpore posteriormente al proceso. Ello supondría, por tanto, la utilización de los cauces de la cooperación de modo tal que se requeriría al Estado donde se encuentra la prueba o Estado requerido.

ii) El art. 25 del Convenio de Bruselas.

Todo lo hasta aquí dicho nos sitúa ante la cuestión previa de si es

¹²⁵ En el ordenamiento español, la aparición de un documento con fecha posterior al inicio del procedimiento es una de las excepciones a la necesidad de aportación documental o indicación equivalente en el momento de presentar la demanda (art. 506. 1º LEC).

¹²⁶ Ténganse en cuenta los arts. 55 y 742, pfo. 1º de la LEC, ya que sólo el juez del fondo podrá valorar la existencia o no de una "relación inmediata" de la prueba con la cuestión principal.

posible utilizar el art. 25 del Convenio de Bruselas para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a la prueba, con independencia de que se trate de pruebas anticipadas, medidas de aseguramiento de prueba o pruebas, *sensu stricto*. Esta cuestión nos conduce, incluso, a plantearnos su posible utilización para la ejecución en los Estados parte de Bruselas del "pre-trial discovery" estadounidense, siempre que el demandado tenga su domicilio en alguno de aquéllos (arts. 2 y 3 Convenio de Bruselas).

En la hipótesis que proponemos la especialidad del supuesto planteado no procede del hecho de que el Estado de situación de la prueba pueda, en su caso, utilizar el art. 24 del Convenio de Bruselas para adoptar las medidas de aseguramiento de prueba que su ordenamiento prevea, generalmente, la prueba anticipada. La peculiaridad del supuesto radicaría en el hecho de que el objeto de la resolución es, en este caso, un acto de instrucción¹²⁷ y concretamente, la que ordena y delimita el objeto de la práctica de la prueba¹²⁸. Lo que se pretendería con el uso del art. 25 del Convenio de Bruselas para el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia probatoria es

¹²⁷ Fórmula que fue tempranamente defendida por F. MONIER, *Des commissions...*, cit., p. 72, cuando la petición de práctica de la prueba se tramitaba *ex parte*.

Y, asimismo, a favor de ésta posibilidad, P. GOTHOT/ H. HOLLEAUX, *La convention de Bruxelles du septembre 1968*, ed. Jupiter, 1986, núm. 240, apdo. 2º.

En contra, D. BYRNE, *The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements*, The Round Hall Press, 1990 p. 104 (si bien esta autor posteriormente plantea una contradicción interna (p. 108)); J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1993, pp. 274-275; y, O'MALLEY/LAYTON, *European Civil Practice*, Londres, 1989, pp. 663 y 675. Estos últimos niegan la posibilidad de reconocimiento y ejecución de medidas puramente procesales y ponen como ejemplo, la resolución por la cual se determina la relevancia de la prueba.

¹²⁸ Así, por ejemplo, en el Auto de práctica de la prueba se contienen las preguntas admitidas por el juez y que deben hacerse a los testigos (arts. 638-639 LEC) o el objeto de la pericia (art. 611 LEC).

ofrecer una alternativa a utilizar en lugar de las vías propuestas en el Convenio de La Haya como una fórmula más flexible que la, a veces, denostada, fórmula de las comisiones rogatorias¹²⁹.

El Informe Schlosser parece admitir, o al menos no rechaza *ad initio*, la inclusión de este tipo de resoluciones en el art. 25 del Convenio de Bruselas en las que, a su parecer, "se trata de resoluciones dictadas en relación con las diligencias"¹³⁰. Del mismo modo, en el citado Informe se señala el hecho de que esta posibilidad es residual ya que las resoluciones a las que hace referencia el art. 25 "suelen adaptarse a las resoluciones de los tribunales referidas a la constatación o a la regulación de las relaciones jurídicas entre las partes"¹³¹. Para establecer el tipo de resoluciones a las que se refiere el citado artículo, dicho Informe ejemplifica éstas con las medidas de instrucción "*avant de dire droit*" francesas y las "*Beweisschlüsse*" alemanas.

Para la utilización del art. 25 del Convenio de Bruselas en el

¹²⁹ Que no goza de muy buena prensa. Véanse entre otros H. SMIT, "International Co-operation in civil Litigation: Some Observations on the rules of international Law and Reciprocity", *NILR*, 1962, p. 142; y, C. GAVALDA, "Les commissions rogatoires...", cit., p. 38. Este último califica la actitud ante éstas como "judicial antipathy".

¹³⁰ Véase el P. SCHLOSSER, "Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como el Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (en adelante Informe Schlosser), *DOCE* núm. C 189, de 28 julio 1990, p. 234, pfo. núm. 184. Además, véase P. KAYE, "Art. 25", en *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Professional Books Limited, 1987, pp. 1350-1351.

¹³¹ Informe Schlosser, cit., pfo. núm. 184. Véase, además, P. SCHLOSSER, "Comentario al art. 25 Convenio de Bruselas", *EuGVÜ*, Verlag C.H. Beck, Munich, 1996, pp. 142-143. En este comentario el argumento de la no reconocibilidad de las resoluciones de ordenación del proceso se apoya en que cuando se adoptan no se valora la posibilidad de ser ejecutadas en el extranjero.

reconocimiento de ejecución de resoluciones relativas a la práctica de prueba, sería necesaria la concurrencia de dos condiciones. En primer lugar, se exige que para ejecución de la prueba requerida no sea necesaria la cooperación de los tribunales del Estado requerido, es decir, en aquellos supuestos en los que la práctica de la prueba sea consentida y no se precise la compulsión del requerido. Se exige, en segundo lugar, que dichas pruebas no afecten a terceros, concretamente, a los testigos¹³².

A pesar de que en un principio se afirmaba que "no es posible saber de entrada si las resoluciones de un tribunal anteriores a la sentencia definitiva entran en el ámbito del Convenio y, en su caso, qué tipo de resolución relativa a la tramitación entra en dicho ámbito"¹³³ y de excluirse las medidas de instrucción que necesitan coerción y las que afectan a terceros¹³⁴, la conclusión a la que llega el citado Informe es que "no sería factible la "ejecución" de tales resoluciones con arreglo al convenio"¹³⁵.

¹³² Informe Schlosser, cit., pfo. núm. 187. En este mismo sentido, véase la sentencia británica de la High Court, Queen's Bench Division, 29 enero 1992, en el asunto CFEM v. Bovis, *ILP*, 1992, pp. 561 y ss. (esp. pfo. 35) donde se considera que el art. 25 del Convenio de Bruselas se limitan a aquéllas relativas a "property rights", a pesar de que el art. 1 del Convenio de Bruselas no excluya las "procedural orders" de su ámbito de aplicación. Sin embargo, son tan complejos los problemas de calificación de los aspectos procesales y sustantivos que es más rápido y efectivo utilizar el Convenio de La Haya de 1970.

¹³³ Informe Schlosser, cit., pfo. núm. 184, *in fine*.

¹³⁴ Lo que debe incluir los supuestos del art. 6 del Convenio de Bruselas, es decir, la pluralidad de demandados, demanda en garantía, etc. La definición "parte" debe hacerse de modo negativo: no será parte aquél a quien no afecte directamente el litigio, es decir, testigos y peritos.

¹³⁵ Informe Schlosser, cit., pfo. núm. 187. En este mismo sentido, veáanse, F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, ed. McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 147; y P. SCHLOSSER, "Comentario al art. 25 Convenio de Bruselas", cit., p. 143.

Si la respuesta a la cuestión planteada entorno al uso del art. 25 del Convenio de Bruselas para la ejecución de resoluciones en materia de prueba ha de ser negativa, sin embargo, no existen razones satisfactorias para excluir del reconocimiento y ejecución las resoluciones en materia probatoria *inter partes* y en las que la prueba sea voluntariamente practicada¹³⁶.

El planteamiento hecho hasta aquí sólo es aplicable a un ordenamiento en los que las resoluciones de instrucción sean ejecutables conforme al ordenamiento del Estado de origen (art. 31 de Convenio de Bruselas). Por tanto, quedarían excluidas las resoluciones que emanen de nuestros tribunales sobre práctica de una prueba pues nuestro ordenamiento sólo considera ejecutables las sentencias firmes contenidas en un documento llamado "ejecutoria"¹³⁷ y, en ningún caso, los autos en los que se contiene la práctica de la prueba¹³⁸. Quedaría, sin embargo, abierta la duda de utilizar el art. 25 del Convenio de Bruselas para el reconocimiento de la resolución procedente de nuestros tribunales que sirviese de título legitimador para requerir la práctica de la prueba

¹³⁶ Este es el argumento que se utiliza en la sentencia en el asunto Soc. Luxguard c. Soc. Sitraco *et al.*, cit. *supra*, en la que se nombra a un perito para que, conforme al art. 145 del NCPC francés realice una investigación previa para averiguar si es necesaria la adopción de medidas de seguridad de un bien situado en España (para lo que se utilizaría, en ese momento posterior, el art. 24 del Convenio de Bruselas) y en el que, al menos en esta fase previa, no están presentes las autoridades españolas.

Véase, además, E. du RUSQUEC, "Les décisions judiciaires soumises à la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968", *Gazette du Palais*, 1990, pp. 446 y ss. Este autor cita una sentencia del Oberlandsgericht, 2 junio 1977, en la que se autorizó la ejecución en Alemania de una decisión francesa que contenía una provisión y designaba un perito para determinar el perjuicio de la víctima.

¹³⁷ Véanse respecto a la ejecutabilidad de las resoluciones arts. 919 y 951 de la LEC. En lo relativo a la ejecutoria, ténganse en cuenta arts. 245 de la LOPJ y 369 de la LEC.

¹³⁸ Véanse, arts. 245.1º.b de la LOPJ y 369 pfo. 2º y 551 de la LEC.

en el Estado donde ésta se encuentre.

iii) La concurrencia entre ambos Convenios en los supuestos anteriores.

Por último, en relación con los problemas de concurrencia de convenios debemos considerar la posibilidad de que, en efecto, exista ésta en los supuestos señalados. Por tanto, la cuestión a resolver será cómo se solventa aquélla concurrencia entre ambos Convenios. Recordemos, como punto de partida, la naturaleza prioritaria del Convenio de La Haya, ajuste necesario de la exclusividad a la idiosincrasia estadounidense, que en relación con los Estados parte de Bruselas, debe interpretarse como exclusividad, lo que no obsta, sin embargo, para declaraciones como las contenidas en sus arts. 31 y 32 Convenio de La Haya 1970, como vimos.

El Informe Schlosser establece, excepto para Irlanda, el principio de la aplicación prioritaria del texto de La Haya sobre el de Bruselas (art. 57), entonces referido al Convenio de 1954 y, por ende, extensible a los que le sustituyen. Sin embargo, a renglón seguido abre, de nuevo, la incertidumbre respecto a la relación que deba existir entre ambos textos pues añade que "en la práctica siempre se recomienda recurrir al mecanismo del Convenio de La Haya, que está especialmente adaptado para las comisiones rogatorias" (el subrayado es nuestro)¹³⁹. La cuestión parece, sin embargo, cerrada definitivamente, con la declaración de la prioridad, en todo caso, de los convenios especiales¹⁴⁰.

¹³⁹ Informe Schlosser, cit., pfo. núm. 185.

¹⁴⁰ Informe Schlosser, cit., pfo. núm. 239. Véase, además, J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht...*, cit., pp. 274-275.

Esta conclusión, sin embargo, no es del todo satisfactoria en relación al uso del art. 24 del Convenio de Bruselas para la adopción de medidas de aseguramiento de prueba distintas a la prueba anticipada, a petición del Estado requirente. Como veremos más adelante, la prueba anticipada sí estaría comprendida en el objeto del Convenio de La Haya de 1970 (art. 1). En este caso, no habría una verdadera concurrencia de Convenios porque no hay una coincidencia en el objeto de referencia. El Convenio de La Haya sólo prevé la práctica anticipada de la prueba como medio para asegurar la prueba en un proceso futuro o incoado (art. 1 pfo. 2º) y no a la adopción de medidas cautelares o provisionales para su protección, excluidas expresamente (art. 1 pfo. 3º) que podrían reconducirse a través del Convenio de Bruselas.

En cualquier caso, parece conveniente admitir, a nuestro juicio, la utilización del Convenio de Bruselas para aquellos supuestos, como son los de las pruebas anticipadas, en los que es necesario actuar con celeridad. Con el uso de dicho Convenio se logra una mayor rapidez en la adopción y ejecución y, por tanto, se reduce la posibilidad de desaparición o menoscabo de la prueba gracias a la actuación *ex parte* en el reconocimiento y ejecución, que evita la tramitación por cauces oficiales, y, además, asegura el respeto a las garantías procesales de audiencia y contradicción, incluso, en los supuestos de práctica de la prueba anterior al inicio de un proceso.

La admisión del carácter prioritario del Convenio de La Haya de 1970 no elimina, sin embargo, para los supuestos que hemos admitido la posibilidad de que puedan concurrir los textos de Bruselas y La Haya. Dicho carácter prioritario, además, no se contradice con el uso del Convenio de Bruselas cuando sea más eficaz su aplicación para alcanzar los objetivos de la obtención de prueba sin que por ello se reduzcan las

garantías de tolerancia y utilidad. Recordemos que el art. 27 del Convenio de La Haya de 1970 permite la aplicación prioritaria de los derechos nacionales cuando el Estado requerido admita o ejecute peticiones de cooperación en condiciones más ventajosas que las contenidas en el texto de La Haya de 1970, derechos nacionales de los que, evidentemente, es parte el texto de Bruselas de 1968¹⁴¹. Esta solución compatibiliza y, a nuestro juicio, optimiza los resultados de ambos convenios porque, por una parte, se utilizan los mecanismos de reconocimiento y ejecución del Convenio de Bruselas, más flexibles y ágiles que los tradicionales de las comisiones rogatorias y, por otra, se protege el principio de especialidad y la exclusividad del Convenio de La Haya de 1970.

E. Relación del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero y el Convenio de La Haya, sobre notificación de 1965.

Como sabemos, el Convenio de 1970 excluye de su objeto la notificación, regulada en un texto anterior y específico. El Convenio de La Haya de 1965, sin embargo, no excluye su aplicación "a todos los casos" en los que documentos judiciales deban ser notificados o trasladados al extranjero (art. 1). Esta posibilidad ha sido interpretada, especialmente, por la doctrina norteamericana, como una vía de escape a las vías filocivilísticas del Convenio de 1970, a través de las denominadas "removal orders".

¹⁴¹ No obstante, este supuesto debe descartarse en aquellas situaciones, como el Reino Unido, en las que se ha excluido expresamente en la Secc. 25 (7) (b) de la Civil Jurisdiction Act británica de 1982 de transposición del Convenio al derecho nacional donde se excluye expresamente la posibilidad del reconocimiento para las resoluciones referentes a diligencias de instrucción. Véase el texto de la misma en P. KAYE, *Civil Jurisdiction...*, cit., pp. 1803 y ss.

Las "removal orders" consisten en la atracción de la prueba al Estado donde se ha entablado o pueda entablarse el proceso. Ello supone, de una parte, que no hay ejercicio de la soberanía en el territorio del Estado donde se localiza el material probatorio porque no hay coerción extraterritorial y, de otra parte, que la ejecución de la prueba no se realiza en el lugar de situación sino en ante las autoridades que van a conocer del litigio¹⁴². El problema radicaría, pues, en admitir que estas "orders" sean compatibles con el Derecho internacional público. Con este objetivo, los tribunales y la doctrina norteamericana apoyan la compatibilidad con la facultad de un Estado para regular situaciones acaecidas en otro Estado y que produzcan efectos en el primero, como se puso de manifiesto en el proceso ante la Corte Permanente de Justicia internacional en el asunto del vapor Lotus¹⁴³.

Sin embargo, para determinar la compatibilidad de las "removal orders" con el Derecho internacional se ha propuesto por algunos autores la gradación del ataque a la soberanía del Estado requerido o en el que está situada la prueba de la intromisión de la notificación¹⁴⁴. Si la notificación puramente exhorta a la parte a la producción de una determinada prueba, podría considerarse admisible porque supone una intromisión mínima en la soberanía. Si, por el contrario, en la notificación se incluye, además, las posibles sanciones en caso de incumplimiento y, concretamente, la "subpoena duces tecum", entonces, no debe considerarse compatible porque supone un ataque frontal a la

¹⁴² En este sentido, D.J. GERBER, "International Discovery...", cit., pp. 537-538.

¹⁴³ Véase, n.p.p. 5 del Capítulo I de este trabajo.

¹⁴⁴ Así, L. COLLINS, "International Law Aspects of Obtaining Evidence Abroad", en C. J. OMSTEAD *et al.*, *Extraterritorial Application of Laws and Responses Thereto*, Oxford, 1984, pp. 189-191.

soberanía del Estado requerido.

Pero volvamos a la cuestión de si cabe y cómo aplicar el Convenio de 1965 a los supuestos de obtención de prueba en el extranjero regulados por el Convenio de 1970. Para ello hemos de partir de que Estados Unidos sea el Estado requirente. Sus tribunales admiten la proposición de las partes para la práctica de una prueba situada en el extranjero. Esta decisión se puede notificar a través de la vía directa contenida en art. 10 Convenio de La Haya de 1965, a lo que España, como Estado de destino, no se opuso y que para Estados Unidos significa la posibilidad de utilizar la Regla 4 de las FRCP. En la notificación no se contienen ninguna referencia de coerción directa ("discovery on notice"), por lo que no existe un acto soberano en territorio del Estado donde se encuentra el material probatorio o Estado requerido, que es el único competente para ejecutar actos de coerción en su territorio, sino que se exhorta a quien deba comparecer lo haga en el Estado requirente, por cuenta de la parte que solicita esa prueba.

Si voluntariamente el requerido opta por desplazarse al Estado requirente¹⁴⁵, es allí donde se practicará la prueba, conforme a las mismas normas procesales que el resto del proceso, con lo que los problemas de engarce se eliminan. Puesto que no existe un acto de jurisdicción ejecutado en el extranjero, se habrá respetado el principio de no intervención en el territorio del Estado requerido¹⁴⁶. Se olvida, sin embargo, que este traslado voluntario es considerado como una renuncia de la protección que el Estado requerido pueda prever en relación con

¹⁴⁵ Véase R.E. MYNCK/G.R. LOVE, "Obtaining evidence abroad for use in US litigation", *Southwestern Law Journal*, 1981-82, p. 597.

¹⁴⁶ Así, D.J. GERBER, "International Discovery...", cit., p. 538.

determinadas materias, en las que tenga un interés especial porque estén íntimamente relacionadas con el propio ejercicio de su soberanía, como es, por ejemplo, la ordenación del mercado.

La voluntariedad en el traslado haría innecesario el uso del Convenio de 1970 previsto, únicamente, para la solución de la obtención de prueba en el extranjero cuando ello pueda suponer un ataque a la soberanía del Estado donde se encuentra el material probatorio al producirse la práctica de la pruebas situadas en su territorio ante los tribunales del Estado requirente¹⁴⁷, en especial cuando se trata de la producción de documentos, excepto cuando conducta requerida viole principios fundamentales del sistema legal del Estado requerido¹⁴⁸.

A nuestro juicio, podemos reducir a dos los problemas que plantearía esta opción. En primer lugar, debemos recordar que si bien es legítima la posibilidad de que el Estado requirente regule situaciones producidas en el Estado requerido y produzcan efectos en su territorio, es más que discutible que tales consideraciones puedan extenderse a la materia probatoria.

La legitimación para que el Estado requirente pueda regular situaciones conectadas con el Estado requerido exige, con carácter previo, la concreción de un interés cualificado de aquél para la aplicación

¹⁴⁷ Véase la sentencia en el asunto *Sand & Screw Machine Company c. Cosa Corporation e Gildemeister AG*, cit. *supra*.

¹⁴⁸ Así los límites a las pruebas "voluntarias" serían la soberanía del Estado donde se encuentran, la protección de los intereses económicos de ese Estado e interés general. En este sentido, L. LEVY, "Entraide judiciaire...", cit., p. 69.

Sin embargo, para los tribunales norteamericanos la existencia de estos intereses no es causa suficiente para incumplir el mandato judicial. Sí lo es, sin embargo, por "inability" del requerido. Véase, en este sentido, A.F. LOWENFELD, "International Litigation...", cit., pp. 220 y ss.

extraterritorial de su derecho¹⁴⁹. No obstante, tal interés sólo será un elemento a considerar entre los distintos índices que configuran el "balancing of interest test". Sin embargo, el punto de partida de este criterio no es neutro pues los índices que se utilizan están impregnados de un tinte político innegable y se inclina, con frecuencia hacia el mayor peso específico de los intereses norteamericanos¹⁵⁰. Quedaría viciada, pues, a nuestro juicio, la concreción de la legitimación para regular tales cuestiones y, por extensión, a requerir material probatorio situado en otro Estado que pudiera también tener interés en su control.

Si este primer elemento legitimador no reúne las garantías necesarias habrá de analizar si la voluntariedad puede hacer admisible la derogación del principio general de la territorialidad en la práctica de la prueba, lo que nos enfrenta al segundo problema que plantea esta aplicación alternativa del Convenio de 1970. Partamos de la base de que la voluntad supone una ausencia de coacción. Si el requerido para que produzca la prueba se traslada o la traslada "voluntariamente" al territorio del Estado requirente no habrá existido, en realidad, un ejercicio de la soberanía porque no se han puesto en funcionamiento mecanismos propios de compulsión del Estado requirente en el territorio

¹⁴⁹ "Predictability and Comity: Toward Common Principles of Extraterritorial Jurisdiction", *Harvard Law Review*, 1985, p. 1320.

¹⁵⁰ Sobre los problemas planteados por este test, véanse, entre otros "Beyond the rethoric of Comparative interest balancing: an alternative approach to extraterritorial Discovery conflicts", *L. & Contemp'y Pr.*, 1987-3, pp. 95-115; J.M. SANDMAN, "Gathering evidence...", cit., p. 997; "Predictability and Comity...", cit., p. 1320; L. LEVY, "Entraide judiciaire...", p. 68; y, H.G. MAIER, "Extraterritorial...", cit., p. 253.

Uno de estos problemas, es que en el "balancing" se tiene en cuenta sólo intereses nacionales y no los intereses del tráfico internacional lo que explica la rigidez de su aplicación. En este sentido, D.R. ROBINSON, "Compelling...", cit., p. 537.

Respecto los posibles correctores del "balancing", véase P.M. ROTH, "Reasonable Extraterritoriality...", cit., p. 277.

del Estado requerido. En principio, este razonamiento parece correcto. Sin embargo, se omiten elementos esenciales que podrán variar el resultado. Si el requerido está sometido a la sujeción personal de los tribunales norteamericanos, su voluntad estará mediatizada por el conocimiento de las sanciones materiales y/o procesales que su incumplimiento le podría suponer¹⁵¹. La imposición de las sanciones estaría condicionadas, a su vez, a la existencia de un "good faith efforts" para calibrar la sanción o para la ausencia de ésta cuando se invocase la existencia de una norma que impidiese la producción de la prueba requerida¹⁵².

Evidentemente, en estos supuestos no es necesaria la coacción directa pues, el requerido conoce las consecuencias negativas que puede acarrearle la no comparecencia ante los tribunales norteamericanos (coerción indirecta) ¹⁵³. Por tanto, la voluntad del requerido no se refiere al traslado sin compulsión del material probatorio sino a la elección de aquella opción que suponga un menor perjuicio para el requerido para la práctica de la prueba. Es decir, habrá voluntad del requerido cuando la sanción por el traslado del material probatorio al Estado requerido sea menor que los perjuicios que le pueda reportar el incumplimiento de la petición de prueba por los tribunales

¹⁵¹ Entre otras, resolución en rebeldía, obstrucción a la defensa del demandado, presunciones en su contra, admitir documentos ilegales conforme a la legislación del Estado requerido, preclusión alegaciones del demandado.

¹⁵² Véase, en este sentido, P.A. BATISTA, "Confronting Foreign "Blocking" Legislation: A guide to Securing Disclosure from Non resident Parties to American Litigation", *IL*, vol. 17, 1983, p. 84.

¹⁵³ Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el caso de Gran Bretaña, la "order" para la práctica de la prueba, con independencia de que contenga o no una amenaza directa, tiene la misma fuerza que una "subpoena". Así, B.A. HARWOOD, "Service and Evidence Abroad (Under English Civil Procedure). Part. I. The Rules of the Supreme Court", *ICLQ*, 1961, p. 293.

norteamericanos.

Una segunda cuestión en relación con la voluntariedad se circunscribe a la posibilidad de que a través de la voluntad de los particulares se pueda eludir la aplicación de la legislación del Estado requerido que tutele intereses soberanos¹⁵⁴. El resultado será una prueba nula que, de servir como apoyo a la resolución definitiva que se adopte, podrá ser causa de la denegación del reconocimiento y ejecución de la misma por ser contraria al orden público del Estado cuya legislación ha sido eludida.

Por último, esta alternativa al Convenio de 1970, debe entenderse como la transposición de un esquema procesal local, concretamente, del norteamericano. Se olvida, sin embargo, de la especialidad de cada uno de estos textos. Pese a que el Convenio de 1965 no excluya expresamente su utilización para la obtención de prueba, la existencia de un convenio específico, que establece cauces especiales de transmisión de los documentos judiciales que contengan una petición de práctica de prueba, es suficiente, a nuestro juicio, para que prime la regla especial sobre la genérica.

¹⁵⁴ Ya que la posibilidad de actuar voluntariamente supone no introducir obstáculos a la práctica de la prueba como serían las normas de bloqueo o la existencia de un deber de secreto. En este sentido, véase J.M. FEDDERS, "Policing Internationalized US Capital Markets. Methods to Obtain Evidence Abroad", *IL*, 1984, pp. 89 y ss. (esp. p. 97).

CAPITULO IV

EL CONCEPTO DE PRUEBA Y LA LOCALIZACION TEMPORAL Y ESPACIAL DE LA PRUEBA EN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1970

I. Introducción.

Delimitar el concepto de prueba no es una tarea puramente formal más bien todo lo contrario. Lo primero que destaca es que la prueba, *lato sensu*, se manifiesta como una realidad plurívoca. Así, por ejemplo, aun cuando la prueba en sentido estricto se vincula a una concreta fase del proceso, la probatoria, basta reparar para poder solicitar la adopción de una medida cautelar es necesaria la aportación de pruebas que demuestren la existencia de un *periculum in mora* y del *fumus boni iuri*. Del mismo modo, para interponer una demanda en ciertos casos es necesario aportar con ella ciertas pruebas que fundamenten suficientemente la acción ejercida, excluyendo así las pretensiones temerarias¹. Como también es necesaria la prueba para demostrar aspectos secundarios a la existencia de la acción pero esenciales para una justa resolución sobre el fondo. En cada uno de los supuestos apuntados, la prueba tiene una función distinta y, por tanto, produce consecuencias distintas. A los efectos de este trabajo nos interesa la delimitación del concepto de prueba que tenga en cuenta la protección de esos aspectos secundarios de la demanda y que no sólo se refieren a la prueba, *stricto sensu*, sino, también a actuaciones procesales tendentes a su protección.

¹ Véase, entre otros, M. GUZMAN ZAPATER, *El derecho a la investigación de la paternidad...*, c t., pp. 58 y ss. Para esta autora, sin embargo, la subordinación del inicio del litigio a un principio de prueba le parece escasamente constitucional.

Para concretar el concepto de prueba que utilizaremos es necesario introducir dos variables, una temporal y la otra espacial. Respecto a la *variable temporal*, la prueba, como hemos dicho, se presenta o se puede presentar en distintos momento del proceso. Así, es posible que nos encontremos con la necesidad de determinar si nos encontramos ante una prueba o no, en un momento anterior al inicio del proceso o anterior al momento procesalmente oportuno para la ejecución de la prueba.

También es necesario tener en cuenta que el elemento temporal puede ser nocivo para la posibilidad de que nos hallemos ante una prueba. No podemos olvidar que hasta el momento de la práctica de la prueba, ésta puede estar sometida a alteraciones, manipulaciones o modificaciones para evitar su posible incidencia en el fondo de la cuestión. Tal vez, para ello, debería considerarse como un elemento integrante de la "prueba" aquellas medidas dirigidas a su protección, distintas a la prueba anticipada, cuestión ésta a la que nos referiremos con mayor detalle en un momento posterior.

La variable espacial se refiere, concretamente, a aquellos ordenamientos que admite la distinción entre situación del material probatorio y situación de la práctica de la prueba. No hay prueba en el lugar de situación del material probatorio pues éste está "en bruto", es decir, para la cualificación de "prueba" es necesario que este material posea una serie de requisitos como son su relación con el objeto litigioso y su relevancia para la resolución del fondo del litigio. Por tanto, hasta que no se den estos requisitos no nos hallaremos, en sentido estricto, ante una prueba. Esta "ficción geográfica", a la que ya hicimos referencia, es uno de los argumentos utilizados por los Estados Unidos para eludir la aplicación del Convenio de La Haya de 1970 puesto que, estrictamente, no hay una obtención de la prueba en el extranjero.

El objetivo último de la concreción del concepto de prueba es su proyección en el Convenio de La Haya de 1970. De una parte, porque esta proyección permitirá conocer a los peticionarios en España qué supuestos previstos en nuestro ordenamiento encuentran acomodo en las disposiciones de aquél. De otra parte, porque delimitar el concepto de prueba contenido en el Convenio de 1970 permitirá a nuestros tribunales determinar la aplicación de aquél o, en su caso, del régimen autónomo español.

II. Concepto de prueba.

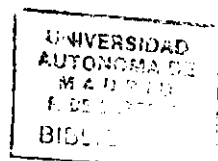
1. Consideraciones generales y previas sobre la prueba.

Para concretar el concepto de prueba que utilizaremos, debemos tener en cuenta, en primer lugar, la función que ésta cumple en el proceso. Si consideramos que la prueba es aquella actividad dirigida a confirmar la existencia de los hechos alegados que el juez valorará conforme a la "sana crítica"² sólo tendremos en cuenta la definición de aquélla desde una orientación material (función mediata de la prueba).

Cabe, sin embargo, una segunda aproximación al concepto de prueba, desde la óptica procesal³. Según esta segunda vertiente de la prueba, ésta no sólo sería el camino para lograr convencer al juez de la existencia de un hecho previamente alegado sino que de ella dependería,

² En este sentido, A. de la OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, cit., p. 269.

³ Téngase en cuenta, además, que ambas funciones son protegidas de forma distinta. La función inmediata estaría protegida por apdo. 3º art. 1692 de la LEC (quebrantamiento normas esenciales y garantías procesales si producen indefensión), mientras que la garantía de la función mediata ha desaparecido tras la reforma de 1992, dándosele cabida ahora en el apdo. 4º, como infracción del ordenamiento si la valoración de la prueba es irrazonable o ilógica.



además, la garantía de que la convicción se produzca correctamente (función inmediata)⁴. Dicha garantía no sólo está tutelada por las normas procesales sino que, también, se deriva de la protección constitucional, siempre que se produzca una indefensión en sentido material⁵.

Ambas funciones son indisociables y, por tanto, no debemos excluir ninguna de ellas en olvido de la otra. Lo que nos sitúa ante la necesidad de incorporar al concepto de prueba que emplearemos otras realidades próximas como son aquellas medidas procesales probatorias, *lato sensu*, que permiten la obtención de un resultado correcto. De este modo, podemos partir de un concepto de prueba constituido por aquella "actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que éste adquiera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso"⁶. Definición que tiene en cuenta las siguientes circunstancias: la intervención predominante, pero no exclusiva, de las partes en la proposición y práctica de la prueba; la consideración tanto de la actividad realizada tras la alegación de ciertos sucesos sobre los que las partes fundamentan sus pretensiones como de la actividad anterior para fijar dichas pretensiones antes de iniciar el proceso, porque, en algunos casos, el derecho de acción y la competencia judicial internacional están sujetos

⁴ Sobre esta distinción véase, J. GUASP DELGADO, "La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales", *Revista Universidad de Oviedo. Facultad de Derecho*, enero-junio, 1945, pp. 21 y ss. (esp. p. 23).

⁵ Véanse las consideraciones al respecto en el Capítulo II del presente trabajo.

⁶ Así, A. de la OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, cit., p. 269.

a la propia prueba⁷; y, por último, recuerda la finalidad última de la prueba que es convencer al juzgador para influir en la resolución del litigio, lo que nos conduce a la necesidad de seleccionar aquellas pruebas que se dirijan a tal fin, es decir, que guarden una relación con el objeto litigioso.

A. La carga procesal de la prueba.

Es evidente que las partes, además de la carga de la prueba que derive del derecho material, tienen la carga procesal⁸ de proponer aquellas pruebas que apoyen o refuerzen sus pretensiones⁹ so pena de que el juez las ignore, ya que "el sólo recibimiento a prueba no convierte al juez en impulsor de la que pueda resultar influyente en la decisión, pues la proposición de la prueba habrán de realizarla las partes y acordarla el Tribunal, valorando su pertinencia y utilidad"¹⁰. Pero además de la proposición de la prueba, las partes deben intervenir en la práctica de la misma, generalmente a través de sus representantes legales, a fin de conocer los avatares que pudieran producirse (arts. 628 y 652

⁷ Téngase en cuenta que, por ejemplo, en materia de propiedad intelectual el derecho de acción está relacionada con el mercado donde se comercializa, donde se produce el daño, el lugar donde se comete la infracción del derecho; los actos de comprobación de hechos definen espacialmente datos relevantes para determinar la competencia judicial internacional.

⁸ Existe una carga procesal cuando el "ejercicio de una facultad aparece como condición para obtener una determinada ventaja...", que de no ejercitarse produce "una consecuencia penosa para el caso de falta de ejercicio. Así, F. CARNELLUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, T. I, Buenos Aires, 1944, p. 82.

⁹ En este sentido, véase F. CARNELLUTTI, *Sistema...*, cit., p. 65.

¹⁰ Véase, Sent. 131/95, citada, (F.j. 2º). Ténganse en cuenta, además, las Sents. TC 3/84, de 20 enero (*BOE*, 18 febrero); y 74/85, de 18 junio (*BOE*, 17 julio), entre otras.

LEC) y de salvaguardar sus posibilidades de defensa y ataque¹¹.

Además de la actividad de las partes en la proposición y práctica de la prueba, cargan con el deber de contribuir a los gastos que pueda producir la práctica de la prueba, especialmente si se trata de testigos o peritos (art. 644 LEC y art. 14 Convenio de La Haya de 1970), excepto que se les haya reconocido el derecho a la justicia gratuita (art. 23 Convenio de La Haya de 1905, art. 24 Convenio de La Haya de 1954, art. 14 del Convenio de La Haya de 1970 y art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 que sustituye a ambos).

No obstante, cuando la actividad probatoria de las partes no sea suficiente para que el juez alcance su convicción, éste puede activar ciertos mecanismos para "completar" los argumentos a favor o en contra de las pretensiones de una u otra parte, como ocurre, por ejemplo, en nuestro ordenamiento con las diligencias para mejor proveer (arts. 340-342 LEC).

B. La fijación de los hechos para poder ejercitar la acción y demostrar los hechos alegados.

Generalmente cuando se hace referencia a la prueba se parte de un supuesto en el que existe un proceso iniciado. En él la prueba sirve para demostrar la existencia o no de las pretensiones contenidas en la demanda o en su contestación, sobre las que las partes proponen el recibimiento a prueba (art. 550 LEC). Posteriormente, se ejecutará la prueba en una fase procesal situada entre la presentación de la demanda y la de la decisión sobre el fondo del litigio (fase intermedia o de instrucción).

¹¹ Ténganse en cuenta los arts. 11 del Convenio de La Haya de 1954 y 7 del Convenio de La Haya de 1970.

Sin embargo, la situación planteada nos daría una visión limitada de la prueba, pues soslaya otros aspectos que también deben tenerse en cuenta cuando hacemos referencia ésta. En primer lugar, se olvidarían aquellos supuestos en los que, por motivos de riesgo de desaparición la práctica de la prueba, esta puede realizarse en un momento anterior a esa fase intermedia, e incluso, anterior al inicio del proceso, como es el caso de la prueba anticipada que puede destinarse a la incoación de un proceso futuro¹². Tampoco debe ignorarse, en segundo lugar, que el despliegue de una actividad probatoria no siempre tiene como destino convencer al juez de la realidad de un evento alegado sino que, en ocasiones, esta actividad va dirigida a aclarar la posibilidad de actuación del demandante, como ocurre con la utilización de las diligencias preliminares (arts. 497 y ss. LEC)¹³ y de las diligencias de comprobación de hechos (arts. 129 y ss Ley de Patentes y art. 24 Ley Competencia Desleal). Y cabe, asimismo que aquella actividad vaya dirigida a demostrar que ciertos hechos se encuadran dentro del supuesto de fáctico de una norma jurídica, a fin de acceder a la tutela de los tribunales y, por tanto, su objeto sea el objeto mismo del litigio¹⁴.

¹² Supuesto éste que no debe confundirse con la adopción de medidas destinadas a la protección del material probatorio hasta su práctica en la fase intermedia o de instrucción del proceso, como veremos.

¹³ Ténganse en cuenta, además, los arts. 77 y 78 del Real Decreto Legislativo 2/95, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de procedimiento laboral (*BOE*, 11 de abril; corr. de err., 26 mayo). Véase, además, I. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, *La prueba en el proceso de trabajo*, ed. Cívitas, Madrid, 1994, pp. 118-120.

¹⁴ En este sentido, véase la sentencia en el asunto Graefenstein c. Prevedel, citada. Recordemos que en este asunto la comisión rogatoria se utiliza para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, según el art. 5.1 del Convenio de Bruselas. Esta localización es central porque, además, "será igualmente útil cuando sean necesarias medidas de peritaje o de investigación". En este sentido, véase, Informe Jenard, cit., p. 143.

Es relativo, pues, hacer distinciones en el concepto de prueba por la relación que guarde con un proceso incoado o futuro. Bien es cierto que su régimen y los efectos en uno y otro caso son distintos, en función del momento en el que se producen, pero ello no es suficiente para diferenciar una actividad que es esencialmente la misma. Todos estos supuestos requieren de una actividad probatoria, porque todos ellos intentan dirigir al juez hacia el convencimiento de la realidad de una situación, con independencia de que éste sea principal -como sería determinar la existencia del derecho de acción- o accesorio¹⁵, como es precisar la existencia de un hecho que apoya las pretensiones de quien lo debe demostrar o lo demuestra, y hacia la corrección de la decisión.

Por último y en relación con el momento de producción de la prueba, hagamos referencia dos supuestos en los que la prueba se presenta con anterioridad al inicio de un litigio. Nos referimos, concretamente, a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada. Generalmente se considera que la prueba preconstituida designa a un documento que se confecciona para que se utilice como prueba en un proceso previsible¹⁶. Olvida esta definición, sin embargo, que la primera función de dicho documento no es puramente procesal sino la de formalizar relaciones jurídicas¹⁷ y que, en su caso, puede utilizarse con una finalidad probatoria.

¹⁵ Recuérdese la Sent. del Tribunal de Justicia de las Comunidades en el asunto CHW v. GJH, cit., *supra*.

¹⁶ Véase, en este sentido, A. de la OLIVA SANTOS, "Prueba documental", en *Derecho Procesal Civil*, vol. II, cit., p. 321.

¹⁷ Véase, en este sentido, E. GOMEZ ORBANEJA, "La prueba preconstituida", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, pp. 89-92; y V. CORTES DOMINGUEZ, *Derecho procesal civil*, ed. Colex, Madrid, 1996, p. 202.

Esta distinción no carece de relevancia a los efectos de determinar el derecho aplicable a la prueba preconstituida. Puesto que se refiere a un documento, se ha sostenido que el derecho aplicable para determinar su validez será la *lex loci*¹⁸. Pero para que dicho documento sea utilizado eficazmente como prueba es necesario que sea pertinente y útil a efectos de ser admitido conforme a las disposiciones de la *lex fori*. Por lo que es posible que un documento que no es válido conforme a la *lex loci* sea admisible como prueba conforme a la *lex fori*¹⁹.

A pesar de que el soporte es el mismo, el documento, no puede confundirse la prueba preconstituida con la prueba anticipada. La diferencia entre ambas radica, básicamente, en el hecho de que la prueba anticipada es una prueba, *stricto sensu*, mientras que la prueba preconstituida es un medio de prueba. La prueba anticipada es una prueba, *stricto sensu*, porque para su ejecución es necesario que haya superado previamente los mismos requisitos de admisibilidad que si se tratase de una prueba practicada en la fase procesal oportuna.

Para la práctica de la prueba anticipada, la mayor parte de los ordenamientos exigen la concurrencia cumulativa de las siguientes condiciones que habrán de ser valoradas judicialmente: en primer lugar, la existencia de un motivo fundado que puede impedir la práctica de la prueba en el momento procesal oportuno²⁰. Lo que es especialmente

¹⁸ En este sentido, M. FENECH, "La admisibilidad de las pruebas en Derecho internacional privado", en *Atti del 3º Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile (Venecia 12-15 abril 1962)*, ed. Giuffré, Milán, 1969, p. 46

¹⁹ En este sentido, E. GOMEZ ORBANEJA, "La prueba...", cit., p. 111.

²⁰ En ese sentido, véanse art. 692 del NCPC italiano; art. 145 del NCPC francés, en su interpretación jurisprudencial; art. 502 de la LEC; y parágrafo 486.2 de la ZPO.

importante en sectores sensibles, como son por ejemplo los relativos a la competencia o la propiedad industrial²¹; en segundo lugar, la petición habrá de contener las pretensiones de las partes de modo claro y preciso²² sin que la práctica anticipada de la prueba prejuzgue su admisibilidad y relevancia. Ello supone que, como ocurre en nuestra Ley de Patentes (art. 131) no se reproducirá ningún material obtenido en la práctica de la prueba hasta que sea declarado admisible en relación con el proceso sobre el fondo²³; en tercer lugar, se aplicarán, como regla general, las mismas condiciones de admisibilidad que se exige a la prueba practicada en la fase procesal oportuna para que pueda influir en el proceso. Así la prueba anticipada debe permitir que del examen de los datos aportados haya fundamentos suficientes para determinar la verosimilitud de las pretensiones; que el objeto y los fundamentos del posible litigio estén suficientemente identificados; y que exista una pretensión jurídica (Parágrafos 487 y 491 ZPO; y art. 145 NCPC francés); y, en cuarto lugar, la concreción de un plazo breve en los supuestos en que la prueba anticipada se practique con anterioridad a un

²¹ Se rechazaría, por tanto, la práctica de la prueba anticipada cuando además de la información requerida se pudiese conocer datos del funcionamiento interno de la empresa, lo que se considera excesivo. Véase, en este sentido, la Sent. Cour de cassation, (Ch. comm.), de 5 enero 1988, *Recueil Dalloz*, 1989, núm. 25, p. 354.

²² En este sentido, véanse parágrafo 487 de la ZPO; y art. 693 del NCPC italiano, salvo que la fórmula adoptada sea la de un "período de enfriamiento" (art. 698 NCPC italiano).

²³ Por esta necesidad de precisión, el art. 145 del NCPC francés, según ha interpretado la jurisprudencia que lo desarrolla, no puede utilizarse para concretar las pretensiones de la parte cuando éstas aparezcan de manera abstracta y difusas. Así, para conceder el medio de aseguramiento previsto en la citada norma la jurisprudencia exige la admisibilidad de la prueba, para lo cual es necesaria la demostración de verosimilitud de la prueba, y la legitimación, es decir, que se deduzca de modo claro y manifiesto la voluntad de acudir a un litigio posterior. Véase la citada jurisprudencia en *Revue Trimestrielle du Droit*, 1983, pp. 783 y ss.

Sobre esta norma véase, C.N. NGWASIRI "Pre-trial Civil Proceedings in England and France: A comparative Study", *CJQ*, 1991, p. 304.

proceso iniciado para la interposición de la demanda desde el momento de petición de dicha prueba (por ejemplo, art. 131. 2 Ley de Patentes) so pena de preclusión.

Por el contrario, la prueba preconstituida, no exige un control judicial previo, pues se trata de una actuación privada, si bien es necesario, para que produzca algún efecto en el proceso, su consideración como pertinente en el control judicial *ex post*²⁴. Así, tomemos, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Casación francesa, de 22 de febrero de 1978²⁵. Iniciado un divorcio ante las autoridades francesas, una de las partes aporta al proceso una prueba testifical practicada ante Notario y contenida en un documento notarial. En la práctica de dicha prueba no se ha dado audiencia a la contraparte ni para la propuesta de testigos ni para la formulación de preguntas. La parte a quien afecta la prueba alega que no cumplió la obligación de informar conforme al art. 11 del Convenio de La Haya 1954 del lugar, fecha y hora de la práctica de la prueba, para que se respete el principio de contradicción y evitar, así, la posible infracción de la petición del orden público del Estado requerido.

Estas alegaciones de la parte "perjudicada" por la prueba encierran dos errores: primero, olvida que no se trata del reconocimiento de una

²⁴ No debe confundirse, sin embargo, la ubicación de este filtro de la pertinencia con el problema que con posterioridad analizaremos en relación con el "pre-trial discovery of documents", ya que éste constituye una prueba anticipada, puesto que no sirve para preparar un proceso sino para definir con precisión el objeto litigioso y, además, para en un momento posterior, seleccionar las pruebas que mejor sirvan a los intereses de las partes, en relación con sus pretensiones.

²⁵ Sentencia de la Cour Cassation, (1ère Ch. Civ.), de 22 febrero 1978, en el asunto Lavie v. Dame Lavie, *Rev. crit. dr. i. pr.*, 1979, pp. 593 y ss. Véase, además, Nota a la misma de G. COUCHEZ, *Clunet*, 1979, pp. 594 y ss. En este supuesto se trataba de reconocer en Francia una prueba testifical preconstituída ante notario. La parte que rechazaba la prueba alegaba la infracción del principio de contradicción en la práctica de la prueba y, por ende, su posible al orden público francés.

prueba practicada en el extranjero ni siquiera de una actuación judicial, sino de una declaración recogida en un documento notarial y, por tanto público. Por lo que, en realidad, de lo que se trataría es de aplicar un régimen similar al de los arts. 600-601 de la LEC para determinar la validez del documento y de su consideración en el proceso en el Estado requirente; y, segundo, incluso en el supuesto de que se tratase de una prueba practicada ante un órgano judicial, la información referida en el art. 11 del Convenio de La Haya de 1954, tiene carácter facultativo, ya que sólo si las autoridades del Estado requirente lo solicitan expresamente, serán informadas de estas circunstancias. Así, en ningún caso supone la quiebra de la contradicción, sino que ésta deberá ser valorada en el conjunto del proceso²⁶.

Algo semejante ocurre cuando la prueba preconstituida consiste en la elaboración de un informe técnico para ser utilizado en el proceso, lo cual se diferencia de la prueba pericial²⁷. Pensemos en nuestra LEC según la cual para que nos encontremos ante una prueba pericial deben concurrir los requisitos contemplados por los arts. 610 y ss. de la LEC: intervención órgano judicial, audiencia de ambas partes, independencia de los peritos, etc. En otro caso, nos encontraremos ante un documento en el que falta la bilateralidad que caracteriza a la prueba pericial²⁸.

²⁶ Debemos recordar que el art. 7 del Convenio de La Haya de 1970 (equivalente al 11 del texto de 1954) no contiene una condición absoluta e inderogable. En este sentido, véanse la sentencia a los asuntos Karel Peters v. Arnoldus Hagemans; y Graefenstein c. Prevedel, citadas.

²⁷ En este sentido, véanse las Sents. TS (Sala 1ª), de 29 enero 1988 (*RAJ*, 203, F. de Dº 2º); y (Sala 1ª), de 29 noviembre 1993, (*RAJ*, 9145, F.j. 5º); y Nota a la misma de G. ORMAZABAL SANCHEZ, *RGD*, julio-agosto 1995, pp. 8721 y ss.

²⁸ Véase, en este sentido, "Prueba pericial como prueba bilateral", *RGD*, 1995-2, pp. 741 y ss.

La bilateralidad debe concurrir tanto en la proposición (art. 612 LEC) como para la designación de peritos (art. 616 LEC), en la práctica de la prueba (art. 626

C. La cualificación del material probatorio.

Puesto que las pruebas van dirigidas a lograr convencer al juez de la existencia o veracidad de un hecho para influir en la decisión de fondo, es evidente que debe existir una relación estrecha entre el objeto del litigio, el hecho alegado y la actividad probatoria para demostrar ese hecho, con independencia del momento en el que ubiquemos la prueba. La suma de estos factores es la que determina la cualificación de la prueba. El resultado exige, pues, la necesidad de establecer filtros de admisibilidad de la prueba, compatible con el derecho a la prueba que, como ya hemos señalado, en ningún caso es ilimitado²⁹.

También es determinante para delimitar los supuestos en los que cabe la utilización de las pruebas la posibilidad que éstas ofrecen para su uso dilatorio, encarecedor y obstruccionista en el proceso, incompatibles con otros intereses y derechos constitucionalmente protegidos, como son el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o los principios procesales de eficacia y la economía procesal. Así, para evitar posibles "desvíos" en el ejercicio del derecho a la prueba, todos los ordenamientos establecen filtros para obtener el material probatorio cualificado que permita convencer e influir en la decisión sobre el fondo. La cuestión es determinar dónde se ubican los filtros.

En los países de derecho continental, el filtro se sitúa en un momento anterior a la práctica de la prueba, es decir, el material

LEC) y en el acto de declaración o ratificación (art. 628 LEC). Véase, entre otras, Sent. AP Madrid (Secc. 13ª), de 22 julio 1996, *RGD*, 1996, pp. 11884-11886 [F. de Dº 2º]).

²⁹ En este sentido, véase el Capítulo II de este trabajo. Ténganse en cuenta, además, las Sents. TC 51/85, de 10 abril (*BOE*, 18 mayo, F.j. 9º); y 89/86, cit. (F.j. 2º) entre otras.

probatorio se selecciona *a priori* por el juez, quien, en abstracto, determinará la relación de la prueba requerida con el fondo de la cuestión. No obstante, es posible, *a posteriori*, excluir la ejecución de pruebas si el juez se considera suficientemente informado en el extremo que pretendía demostrarse. En los países de tradición anglosajona encontramos, por una parte, estos filtros *ex ante* como mecanismos de protección para evitar "fishing expeditions" o el "legal tourism", como ocurre, por ejemplo, en el ordenamiento británico, a fin de que la prueba no se utilice para finalidades distintas a la de influir en el fondo de la cuestión³⁰. Estos filtros, sin embargo, se limitan a la prueba documental y, residualmente, al resto de los medios de prueba³¹. Respecto a Estados Unidos, el control para la admisibilidad de la prueba se produce *ex post*. Una vez que se obtiene cierta información ("evidence") esta se procesa. El resultado es que pasará a la consideración de "proof" aquel material probatorio que sea relevante para la solución del litigio planteado. La valoración, en este caso, se realiza en concreto, sobre la relación del material probatorio con el fondo de la cuestión.

Esta localización de los filtros y su relevancia para determinar la existencia de un material dirigido a apoyar las pretensiones de las partes y a intentar convencer al juzgador, es decir, de la existencia de una prueba es uno de los problemas planteados en el seno del Convenio de

³⁰ Téngase en cuenta, por ejemplo, que la "discovery" británica sólo da derecho al demandante a obtener toda la información que requiera al demandando pero sólo en relación con las cuestiones planteadas en la reclamación ("pleadings"). Véanse, en este sentido, E. JOWITT, *The Dictionary of English Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1959, p. 638. Sobre los problemas relativos a la concreción del objeto del litigio y el "test of relevancy" por la relación que la prueba guarda con aquél, véase. N. TROCKER, "El contencioso...", cit., pp. 483-488.

³¹ Respecto a los filtros que garantizan la utilización de la prueba para un proceso y un fin concreto, véase J. McCLEAN, *International Judicial Assistance*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 59 y ss.

La Haya de 1970. A ello se añade la falta de equivalencia entre el término empleado en el texto inglés ("evidence"). La referencia a uno u otro supuesto no es una cuestión baladí porque de ello dependerá la aplicación o no del texto de La Haya, lo que hace necesario determinar del concepto de prueba utilizado en aquel texto.

2. La extensión del concepto de prueba en el Convenio de La Haya de 1970. Supuestos problemáticos.

A. Concepto de prueba en el Convenio de La Haya.

a) "Evidence" y "preuve".

Antes de adentrarnos en el concepto de prueba utilizado en el Convenio de La Haya, debemos resolver cuál es el objeto de este texto y, en su caso, qué supuestos probatorios contiene. La interrogante se abre pues los términos empleados en el texto francés ("preuve") e inglés ("evidence"), ambos auténticos, no poseen un contenido idéntico.

El derecho procesal anglosajón diferencia entre "evidence" y "proof". De un modo simple podríamos definir la "evidence" como el medio a través del cual pretende darse apoyo a las alegaciones de las partes y sobre el cual el juez decide, discrecionalmente, sobre su relevancia, formulada en términos negativos ("exclusionary rules"). Esta se diferencia de la "discovery" en la concreción de su objeto. Así, mientras que a través de la "discovery" se puede obtener toda la información relacionada con un proceso, con las excepciones que veremos más adelante³² y apoyada por indicios³³, la "evidence" debe

³² Véase la n.p.p. 42 del presente Capítulo.

referirse a un aspecto concreto, definido y que permita al juez hacer una primera valoración de relevancia que haga posible su ejecución. La "proof", por su parte, consiste en la razón lógicamente suficiente para asentir sobre la verdad de una proposición, es decir, la "proof" parte de la existencia de un hecho, demostrado mediante la "evidence", que para ser influyente en el proceso ha de ser relevante y ajustado a derecho³⁴. También debe tenerse en cuenta a fin de diferenciar ambas figuras que los órganos encargados de valorar una y otra son distintos. Mientras que la "evidence" es valorada por el "judge", la "proof" lo es por el "jury"³⁵.

En cambio el término francés "preuve", y sus equivalentes en los ordenamientos de Estados de derecho civil, unifica ambas realidades³⁶ y abarca tanto el medio para dar apoyo a las pretensiones como el resultado que logra la convicción del juez y que se manifiesta en la decisión de fondo. Sin embargo, señalada esta disparidad a nuestro juicio el problema es inexistente y el único objeto de su planteamiento es desplazar la polémica a la inclusión o no de la "discovery" en el objeto del Convenio de 1970, al que nos referiremos inmediatamente. Nos enfrentaríamos, pues, a un conflicto relativo entre los términos empleados en los textos inglés y francés. En realidad lo que se oculta tras

³³ Véase, en este sentido, N. TROCKER, "Il contenzioso...", cit., p. 482.

³⁴ Véase, en este sentido, D. EDWARD, "Fact-finding: A british Perspective", en AA.VV. *The option of Litigating in Europe*, United Kingdom National Committee of Comparative Law, 1993, p. 45.

³⁵ Véanse, en este sentido, M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, CEDAM, Padua, 1970, pp. 111 y ss.; y R. EGGLETON, *Evidence, Proof and Probability*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1978, pp. 43 y ss.

³⁶ Véase, sin embargo, la transposición de la diferencia del "common law" al proceso, en este caso francés. En este sentido, J. BEARDSLEY, "Proof of Fact in French Civil Procedure", *AJCL*, 1986, pp. 459 y ss.

este problema semántico es la posible exclusión de la "discovery" del objeto del Convenio de La Haya de 1970 por los países "common law", lo que nos sitúa ante problemas internos entre Estados pertenecientes a la misma familia con instituciones similares pero perfiles distintos³⁷.

El objeto del Convenio, es decir, la prueba, hace referencia al medio a través del cual se obtiene cierta información relativa a la comprobación de la existencia de un hecho o afirmación y dirigida a la resolución de un litigio, que se encuentra situada en el extranjero. No cabe, a nuestro juicio, cuestionar la posibilidad de incluir o no en el objeto del texto de 1970 las cuestiones relativas a los efectos que esa información pueda producir en el litigio pues éstas sólo son susceptibles de plantearse en el Estado requirente y nunca pueden estar localizadas en el extranjero. Debe recordarse que la previsible capacidad de la prueba para lograr la convicción judicial está íntimamente relacionada con las reglas de valoración de aquélla, reglas que pertenecen a las cuestiones procesales internas de la prueba³⁸. Es, por tanto, el juez del Estado

³⁷ Sobre las diferencias existentes en materia de "discovery", véanse J.B. LEVINE, *Discovery. A Comparison between English and American Civil Discovery Law with Reform Proposals*, Clarendon Press, Oxford, 1982; L. COLLINS, "Opportunities for and Obstacles to Obtaining Evidence in England for Use in Litigation in the US", *IL*, 1979, pp. 27 y ss.; A.C. BLACK, "Discovery in Great Britain: The Evidence (Proceedings in other jurisdictions) Act", *Cornell ILJ*, 1978-2, pp. 323 y ss.; G. LIGHTMAN/T. SHARPE, "Discovery for the United Kingdom: a British Perspective", en AA.VV., *Extraterritorial discovery in International Litigation*, Practising Law Institute, 1984, pp. 293 y ss.; y D. RUCK, "The Cost of Discovery", *Family Law*, 1992-10, pp. 424 y ss. Téngase en cuenta, además la Secc. 2 (4) de la Evidence Act británica de 1975, *Halsbury's Statutes*, vol. 17, Butterworths, Londres, 1986, pp. 190-200.

Sobre las diferencias de la "discovery" y el modelo continental de obtención de pruebas, véase, entre otros, R.A., SCHUTZE, "Conceptual differences and areas of potential collision between US and "civil law" procedure from the German perspective", en AA.VV., *Litigation of Business Matters in the US and International Legal Assistance*, ed. Roger Zäch, Haupt, Berna, 1984, pp. 21-42.

³⁸ Como veremos, la mayoría de la doctrina admite la aplicación de la *lex fori* a las cuestiones dirigidas a lograr la convicción del juez. Véase, entre otros, H.

requirente quien valora, conforme a su *lex fori*, la influencia de la prueba en la resolución del litigio en el que debe integrarse la prueba. Esta circunstancia no debe confundirse con el hecho de que la prueba obtenida en el extranjero sea útil en el proceso. La utilidad de la prueba se predica respecto a su posible incidencia en la decisión de fondo, lo que, en ningún caso, significa que se le exima de las normas generales de valoración de la prueba.

b) Concepto de prueba.

Resuelta esta primera cuestión debemos, en segundo lugar, determinar qué concepto de prueba contiene el texto de 1970. Como ya hemos señalado, la prueba no sólo debe entenderse como una actividad que se concreta en un momento procesal específico, la fase intermedia, sino que también se manifiesta con anterioridad al inicio de un proceso, no sólo anticipando la práctica de la prueba sino, también permitiendo la interposición de la demanda o la determinación de la competencia de un tribunal concreto³⁹. El Convenio de La Haya no excluye ninguna de las posibilidades apuntadas. Esto nos permitiría, por tanto, trasladar aquí el concepto de prueba que hemos formulado más arriba.

En primer lugar, el texto de 1970 se aplica en aquellos casos en los que deba obtenerse una prueba situada en el extranjero para integrarse en un proceso pendiente (art. 1, pfo. 2º). Sin embargo, el propio texto admite la posibilidad de su aplicación con anterioridad al inicio de un litigio siempre que el material probatorio tenga como destino un proceso

LINKE, *Internationales Zivilprozeßrecht*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Colonia, 1995, p. 116.

³⁹ Recuérdese la sent. en el asunto Eli Lilly, cit., *supra*.

futuro. Así, esta formulación general nos permitiría aplicar el Convenio de 1970 tanto para fijar la competencia de los tribunales como para concretar el derecho de acción, por ejemplo, a través de la obtención de documentos en los que pueda basarse la demanda (en nuestro caso, art. 504 LEC), como para lograr el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica, es decir, de la prueba *stricto sensu*⁴⁰.

En segundo lugar, hemos de concretar a cuál de las funciones de la prueba se refiere el texto de 1970. Evidentemente, determinar que la prueba fija, concreta y convence, o puede convencer, supone optar por la función mediata de ésta. Esta afirmación encuentra apoyo en el hecho de que el Convenio de La Haya excluye las medidas de conservación y ejecución de su ámbito de aplicación (art. 1, *in fine*)⁴¹ lo que plantea dudas sobre la posible inclusión de medidas tendentes a garantizar la correcta convicción, es decir, lo que hemos denominado medidas de aseguramiento de prueba. Sin embargo, no cabe duda de que el Convenio es aplicable a pruebas ejecutadas con anterioridad a un proceso incoado, es decir, el Convenio también abarca la práctica anticipada de la prueba. Por el contrario, no cabe admitir que este texto sea aplicable a la prueba

⁴⁰ Téngase en cuenta la distinción jurisprudencial entre los documentos del art. 503 de la LEC que deben acompañar la demanda, es decir, aquéllos que traten sobre el fondo, sobre la relación material y documentos que hacen prueba de naturaleza accesoria relativos a los presupuestos procesales (arts. 596 a 605 LEC). En este sentido, véase la Sent. AP Valencia (Secc. 2ª), de 15 mayo 1995, *RGD*, 1995, pp. 9125 y ss., entre otras muchas. En el primer caso la función que cumplen estos documentos no es la de dar respaldo a la propias pretensiones sino la de evitar sorpresas ulteriores y permitir al demandado la posibilidad de defenderse. En este sentido, véase, entre otras, la Sent. AP Ciudad Real, de 25 julio 1994, *Ar. Civ.*, 1995, núm. 1333.

Téngase en cuenta, además, J. MONTERO AROCA, *Ensayos de Derecho Procesal*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1996, pp. 319 y ss.

⁴¹ Exclusión que puede entrar por una de las puertas de atrás del propio Convenio, si hubiese una declaración al respecto amparada en su art. 27, 3º. En este sentido, P. GOUGENHEIM, "Convention...", cit., p. 319; y, I. SZASZY, *International Civil Procedure...*, cit., p. 285.

preconstituida porque, como se señaló, ésta no es más que un medio de prueba, el documental, no una prueba *stricto sensu*.

B. La aplicación del Convenio de La Haya de 1970 en los supuestos en los que el medio por el que se pretende la obtención de la prueba en el extranjero sea la "discovery".

a) Contenido de la noción.

Antes de entrar a valorar la inclusión o no de la "discovery" en el objeto del Convenio de 1970 es necesario saber a qué realidad nos referimos. La "discovery" es un procedimiento previsto en los ordenamiento de tradición anglosajona y utilizado en los procesos civiles -y penales aunque nosotros sólo nos refiramos a los primeros- para que las partes puedan preparar sus alegaciones mediante la aportación de documentos, la inspección de cosas o el examen de testigos. Debemos considerar, a este respecto dos elementos. En primer lugar, la amplísima obligación de las partes a cooperar entre sí pues ésta están obligadas a poner a disposición de la contraparte cuanto material probatorio le sea requerido, a fin de evitar las sorpresas en la preparación y desarrollo del proceso. Aunque la obligación cesa cuando exista alguna limitación legal, como es el caso de la no autoinculpación⁴² o del secreto profesional⁴³.

En segundo lugar, la información requerida puede ser más o

⁴² Véase, entre otras, A. KEANE, *The Moderne Law of Evidence*, Butterworths, 1996, pp. 509-518.

⁴³ En este sentido, M.D. BAYLES, *Procedural Justice*, ed. Kluwer, Boston, 1990, p. 46.

Véase, además, entre otras, la Sent. Queen's Bench Division (Commercial Court), de 18 octubre 1996, en el asunto *Hellenic Mutual War Riks Association (Bermuda) Ltd and General Contractors Importing and Service Enterprises v. Harrison, Lloyd's LR*, febrero 1997, pp. 160 y ss.

menos precisa en función de ordenamiento al que nos refiramos. Mientras que en el ordenamiento británico que exige precisión en los "pleadings", en las alegaciones de las partes contenidas en la demanda ("claims" y "counter-claims"), en el ordenamiento norteamericano debe distinguirse si la "discovery" se concreta en una fase preprocesal ("pre-trial") o procesal ("trial"). Así, en la fase procesal las alegaciones son mucho más concretas que en la preprocesal y, por ello, la fase "pre-trial" genera más reticencias entre los Estados parte del Convenio de La Haya.

Para la mayoría de los países pertenecientes al "common law", la "discovery" es una "prueba indirecta", categoría elaborada en el ordenamiento inglés a partir de la sentencia en el asunto Radio Corporation of America v. Rauland Corporation and others⁴⁴ y, posteriormente, incorporada a la Evidence (Other jurisdiction) Act de 1975 inglesa. La importancia de esta calificación de la prueba se halla en el hecho de que no se aplicaría el Convenio de 1970 ya que no entraría en la categoría de "prueba" del art. 1 de dicho texto⁴⁵.

⁴⁴ Sent. en el asunto Radio Corporation of America v. Rauland Corporation and others, cit. *supra*.

⁴⁵ En este sentido, véanse P.F. SUTHERLAND, "The Use of the letters of request (or Letter Rogatory) for the purpose of obtaining evidence for proceedings in England and abroad", *ICLQ*, 1982, p. 818; L. COLLINS, "The Hague Convention and Discovery: A serious Misunderstanding", *Essays in International Litigation and the Conflicts of Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 305 y ss.; y la Sent. en el asunto Haynes v. Kleinwebers, cit. *supra*.

Además de la incompatibilidad de la consideración de la "discovery" como prueba, para el derecho inglés, debe añadirse que ésta estuvo ausente de la mesa de negociaciones. En este sentido, véanse la Sent. House of Lords. de 7 febrero 1978, en el asunto Río Tinto Zinc Corporation et al. v. Westinghouse Electric Corp., Manuel Pratique..., p. 146. En esta sentencia, en aplicación del Act. 1975, no se daba acogida a la "discovery" dentro del Convenio de La Haya de 1970 porque no nos encontrábamos ante una "evidence". En este mismo sentido, véase el argumento utilizado por el Solicitor General en el asunto Club Méditerranée SA v. Dorin, 105 Sct 286 (1984, citado en *L & Contemp'y Pr.*, 1994-1, p. 93). Se refuerza la idea de la exclusión por parte de la doctrina y la jurisprudencia norteamericana con el hecho de la existencia de sujeción personal a los tribunales estadounidenses ("personal

La distinción entre prueba directa e indirecta se refiere a la influencia que cada una de ellas tiene en el *thema decidendi*. Mientras que la prueba directa persigue la demostración de un hecho alegado como apoyo o refuerzo de una pretensión, la indirecta aconsiste en la recolección de información para que, una vez procesada, sirva de apoyo a dicha pretensión. Pero, además, y éste es su aspecto más conflictivo, a través del material obtenido en la práctica de la prueba indirecta se puede decidir la conveniencia o no de iniciar el proceso o de buscar soluciones extrajudiciales⁴⁶.

También Estados Unidos propugna la exclusión del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1970 de la "discovery". Para ello se utilizan tres argumentos. En primer lugar, defiende su exclusión porque a través de "discovery" no siempre se pretende obtener pruebas, sino que se utiliza, en ocasiones, exclusivamente para conseguir información no destinada necesariamente al proceso en el que se debería

jurisdiction") y la posibilidad del traslado del material probatorio a Estados Unidos, lo que convierte a ésta en un problema puramente interno y, por tanto, fuera de la hipótesis del Convenio de 1970.

⁴⁶ Esta última posibilidad de uso es la que marca la diferencia entre la "discovery" y la comisión rogatoria "ad exhibendum". En este sentido véase, la sentencia Queen's Bench Division (Commercial court), de 27 enero 1983, en el asunto AG v. A. Bank, *Clunet*, 1988, pp. 1052 y ss. En este asunto se remite al Reino Unido una "subpoena" para la obtención de cierta información -relativa a la realización de todo tipo de operaciones en un dilatado período de tiempo- a través de un banco con sede en Estados Unidos y con una sucursal en el Reino Unido. Puesto que el derecho aplicable a la relación contractual entre el banco y sus clientes es el derecho inglés se aplica pues, el deber de confidencialidad. Para admitir o no la práctica de determinados medios de prueba se estará a si son directos o indirectos.

Otras funciones de la "discovery" serían la de incrementar las posibilidades de resolución sobre el fondo; aumentar las posibilidades de lealtad y precisión en resolución de fondo; precisar con mayor perfección los procesos; constituirse en un filtro para procesos con escasos fundamentos; o reducir los costes de transacción para la resolución de los litigios. En este sentido, véanse, entre otros, "Discovery Abuse Under the Federal Rules: Causes and Cures", *Yale LJ*, 1982-2, pp. 356-357; y R. COOTER/D.L. RUBINFELD, "An Economic Model of Legal Discovery", *Journal of Legal Studies*, 1964-1, p. 436.

integrar sino a la búsqueda de material para el inicio de otro proceso o a fin de obtener materiales para la negociación extraprocésal⁴⁷.

En segundo lugar, se defiende la exclusión de la "discovery" del Convenio de 1970 porque según su práctica la prueba no se ejecuta en el extranjero cuando existe "personal jurisdiction" sobre la parte o el tercero. Si existe jurisdicción personal lo que se realiza en el extranjero es una mera recolección de materiales necesarios para su ulterior ejecución de la prueba en Estados Unidos. En realidad, no hay obtención de prueba en el extranjero puesto que la prueba, entendida como material de convicción no se obtiene hasta que no se han aplicado ciertos filtros internos. Así, en realidad, la situación del material probatorio en el extranjero se transforma este problema en puramente interno a través de una ficción geográfica⁴⁸.

Y, en tercer lugar, porque la "discovery" debe considerarse como un medio de aseguramiento de prueba⁴⁹, por tanto, dentro de las medidas de conservación a las que no se aplica el texto de 1970 (art. 1, *in fine*) Una aclaración última en este punto: no puede utilizarse el argumento anterior para excluir la "discovery" del texto de 1970. Es manifiesta su contradicción con la posición mantenida por Estados Unidos

⁴⁷ Véase la sentencia en el asunto MacLaughlin v. Fellows Gear Shaper Co., 102 FRD 956 (ED Pa 1984, citada en J.M. BETTI, "Reconciling...", cit., p. 138). En este asunto el tribunal norteamericano señala que el demandante no pretende que se practique una prueba en el extranjero sino conocer cierta "información" ubicada en otro Estado.

⁴⁸ Véanse, *in extenso*, las consideraciones hechas en el Capítulo III relativas ésta en relación con la existencia de sujeción personal y la distinción entre "discovery" y "evidence".

⁴⁹ Véase al respecto las consideraciones que haremos al respecto más adelante trabajo en el presente Capítulo sobre la inclusión de las medidas de aseguramiento de prueba en el ámbito de aplicación del Convenio de 1970.

con anterioridad. Así, por ejemplo, Estados Unidos fue el impulsor de la reforma del Convenio de 1954 a fin de habilitar mecanismos para la ejecución de la "discovery" extraterritorialmente. Con el Convenio de 1970 se esperaba acabar con la crispación internacional que había provocado el uso de aquélla y que motivó, por ejemplo, la aparición de las normas de bloqueo ("blocking legislation"). Esta misma contradicción rebatiría, a su vez, la defensa numantina de la exclusión de la "discovery" del Convenio de La Haya y, por tanto, de su regulación a través de su régimen autónomo. Esta opción, *a posteriori*, sin embargo, no supone una solución para los problemas planteados por la "discovery" en el marco internacional, toda vez que tampoco es pacífica su aplicación en el orden interno⁵⁰.

b) Las reservas de los Estados de derecho civil.

La suma de estas circunstancias unidas a otras constantes en sus relaciones con los países de derecho civil explicaría el desconcierto y la desconfianza que encontramos los países de derecho continental en los que el "discovery" es algo completamente ajeno a su tradición y a sus

⁵⁰ En relación con los problemas internos de la "discovery", véanse, entre otras, J.L. EBERSOLE, "Discovery Problems: Is Help on the Way?", *ABA Journal*, 1980, pp. 50 y ss.; S. M. UMIN, "Discovery Reforma: A New Wea or Business as Usual", *ABA Journal*, 1979, pp. 1050 y ss.; y "Discovery Abuse...", cit., pp. 352 y ss. Téngase en cuenta, además la sentencia en el asunto Herbert v. Lando, 99 Sct 1635 (1979)[sin referencia directa], en la cual la Corte Suprema se pronuncia sobre la conveniencia de reformar los efectos perversos del "discovery".

En relación con los problema de la "discovery" trasladados a la obtención de prueba en el extranjero, ténganse en cuenta, entre otras, las Sents. en el asunto Graco Inc. v. Kremlin Inc. *et al.*, cit., *supra*; y US District Court, Pennsylvania, Easter District, de 18 marzo 1983, en el asunto Rockwell International Corporation c. Construzioni Aeronautiche Giovanni Agusta, SPA y SNFA, *Manuel pratique...*, cit., pp. 130 y ss.

Recuérdese, además, que en el caso Club Méditerranée, citado, el Fiscal General utilizó el argumento de que no se aplica el Convenio de La Haya cuando la prueba se practique a través de "discovery" porque ésta no fue objeto de negociación.

costumbres procesales. Sin embargo, la solución a esta desconfianza no puede articularse a través de la imposición de un modelo procesal concreto. Así, un Convenio que pretende crear un clima de entendimiento debe perfilar una tercera vía que aúne la necesidad de seguridad de los países de derecho continental y respete, además, la flexibilidad y amplitud que reconocen a la "discovery" los ordenamientos procesales anglosajones. Para ello es necesario conocer las razones que generan los recelos y las soluciones que pueden aportarse.

En primer lugar, la "discovery" para los países de derecho continental genera desconfianza porque no existe un control previo de la pertinencia lo que permite su utilización abusiva, en lo que se denomina la "overdiscovery", especialmente apetecible en el contexto del comercio internacional⁵¹. Los Estados Unidos rechazarían esta afirmación porque su ordenamiento establece garantías suficientes para evitar la utilización abusiva. Así alegan, por ejemplo, que la "discovery" está limitada legalmente sólo a aquellas cuestiones relevantes para el proceso. Por esta razón, se obliga a las partes a aportar un principio de prueba antes del inicio proceso. Además, con anterioridad al proceso, se celebra una comparecencia previa ("discovery conference") que sirve para identificar la prueba necesaria para que sea admitida como relevante en el "trial", y, por tanto, la "discovery"⁵².

⁵¹ Véase, por ejemplo, la sentencia británica en el asunto A.G. v. A. Bank, Queen's Bench Division, citada.

Téngase en cuenta, además, P. GOTTWALD, "Limits to Extraterritorial...", cit., *supra*, p. 69. Según este autor los Estados europeos no objetan la práctica de la "discovery" sino a su cara más abusiva como son la "fishing expedition" o la "sweeping discovery".

⁵² Véase en este sentido, B. RISTAU, *International Judicial Assistance*, International Law Institute, 1984, vol. I, p. 235.

En segundo término, otros datos nos conducen a relativizar la desconfianza frente a la "discovery". Así, por ejemplo, es evidente el interés de los países de derecho común por incrementar el control judicial⁵³ y reducir las posibles "distracciones" de ésta. Concretamente, en Estados Unidos es constante el esfuerzo legislativo para reducir la utilización abusiva de la "discovery", ejemplo de lo cual serían las reformas de 1983 y 1993 de las FRCP⁵⁴. En la reforma de 1983 de las FRCP, la Corte Suprema propuso una intervención más activa del juez para controlar uso "discovery" que se echaba de menos en la práctica judicial⁵⁵. A ello se añade la utilización de las "protective orders" como arma de defensa contra aquellos supuestos en los que la "discovery" fuese opresiva, injusta o excesiva⁵⁶. Por su parte, la reforma de 1993 intenta reducir aquellos aspectos más polémicos de la "discovery" producidos por sus términos genéricos, en un paso más hacia la reducción de posibles usos torticeros. Refuerza, además, la necesidad de la "pre-trial discovery conference" para concretar la prueba y la reforma ha incidido en aquellos extremos que, incluso en su aplicación interna, eran más conflictivos. A lo que cabe agregar que, en una reafirmación de esta voluntad de evitar abusos en la utilización de la "discovery",

⁵³ Como una garantía para que la información obtenida a través de la "discovery" sea "more convenient, less burdensome or less expensive source". Véase, en este sentido, "Discovery Abuse...", cit., p. 375.

⁵⁴ Nos referimos a la reforma de las FRCP, a la que ya nos hemos referido anteriormente, especialmente, de la Regla 26.

Sobre esta reforma véanse, entre otros, B. RISTAU, "New FRCP bearing on Transnational Litigation", *ILM*, 1994-pp. 550-551; y E. H. RÖHM/R. KOCH, "Neuere Entwicklungen im US-amerikanischen Zivilprozeßrecht", *RIW*, 1995-6, pp. 465 y ss.

⁵⁵ Como lo recuerda, por ejemplo, la sentencia en el asunto *Sand S. Screw Machine Company c. Cosa Corporation e Gildemeister AG*, citada.

⁵⁶ Véase, entre otros, R.L. MARCUS, "Myth and Reality in Protective Order Litigation", *Cornell LR*, 1983, pp. 1- 75 (esp. 1-12).

junto a esta reforma general, se han iniciado algunas reformas sectoriales como es el caso de la Private Securities Litigation Reform Act de 22 de diciembre de 1995⁵⁷.

La reforma de las FRCP de 1993 se puede concretar en las siguientes directrices: primera, la regla general es que debe determinarse la relevancia y es necesaria la existencia de una acción pendiente; segunda, no se admitirá la "discovery" propuesta por una parte si la información requerida no conduce a una prueba admisible; tercera, tampoco se admitirá la "discovery" si pudiese obtenerse la misma información requerida por otros medios más baratos y menos "agresivos" que aquélla; y, cuarta, se hace necesaria una audiencia preliminar de las partes para organizar ejecución de la "discovery"⁵⁸.

En tercer lugar, la "discovery" tiene pleno sentido en un ordenamiento que toma como punto de partida la existencia de una obligación de ayudar a la contraparte, lo que supone "fair and full discovery"⁵⁹, excepto cuando la información requerida tenga naturaleza

⁵⁷ Sobre esta norma, véanse R. M. KOSNIK/P. CURLEY, "The Private Securities Litigation Reform Act of 1995", *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 1996-3, pp. 119 y ss.; y R. TSCHÄNI, "Private Securities Litigation Reform Act von 1995", *Revue Suisse de Droit des Affaires*, 1996, pp. 76-78.

⁵⁸ Sobre los límites de la "discovery" en la citada reforma, véase "Notes of Advisory Committee on Rules", cit., pp. 559 y ss.

⁵⁹ Véase por ejemplo, la sentencia canadiense de la Ontario Court of Justice (General Division), de 30 agosto 1995, en el asunto *World Youth Day Inc. v. Norman Perry and others*, *ILP*, 1996-4, pp. 257 y ss. En esta sentencia se utiliza una "letter of request" para obtener cierta información (testifical y documental) a través de la "discovery". Dicha información se encontraba en poder de un tercero que, posteriormente se convierte en parte y el tribunal recuerda que en este último supuesto, el tribunal del Estado requirente "... will be able to exercise its usual authority against the party to compel compliance with discovery orders".

Lo que no ocurre en el ordenamiento español, ni como deber ni como obligación. En este sentido A. de la OLIVA, "Prueba documental", en *Derecho*

privilegiada, es decir, información que no esté protegida por el desempeño de una profesión, por el derecho de no autoinculpación, por estar relacionada con intereses soberanos, etc.⁶⁰. Como hemos señalado, esta obligación tiene por objeto la preparación de la defensa de las partes mediante la puesta a disposición de cuantos materiales conduzcan al mejor conocimiento de la situación procesal de cada una de ellas. Esta completa puesta a disposición tiene por finalidad reducir tiempo y costes y sorpresas sobrevenidas⁶¹. Por otra parte, la "discovery" también se utiliza como medio para alcanzar posibles acuerdos que eviten la celebración del proceso. Si dicha obligación se incumpliese, la parte infractora sería sancionada a través de medidas procesales como, por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba. También cabrían, además, otras, sanciones como es la imposición de multas, e incluso, en algunos casos, el ingreso en prisión.

La obligación sólo afecta a las partes en el proceso, con independencia del lugar dónde se halle el material probatorio. Por tanto, la práctica entre los países "common law" consiste en que el juez del Estado requirente podrá, directamente, requerir a una de las partes, sin necesidad de que intervengan las autoridades del Estado requerido, que aporte la información solicitada por la otra. Para ello, es necesario que exista una jurisdicción personal sobre las partes, por lo que será necesaria la intervención de los tribunales del Estado requerido sólo

Procesal Civil, vol. II, cit., p. 327.

⁶⁰ Sobre los supuestos en los que la información está afectada, véase N. ANDREWS, *Principles...*, cit., pp. 322 y ss.

⁶¹ Esta es, para algunos, la *ratio legis* de la necesidad de que se señalen en la demanda los documentos que se van a utilizar como prueba en el litigio. Sin embargo, esta "leal información" no va acompañada de un deber ni una carga de las partes a ayudarse entre sí. Véase, en este sentido, A. de la OLIVA, "Prueba documental", en *Derecho Procesal Civil*, vol. II, cit., pp. 325-327.

cuando aquel al que se reclama la prueba es un tercero. La regla general es que si la "discovery" debe practicarse sobre un material perteneciente a un tercero debe acudir a fórmulas de cooperación judicial internacional, incluso cuando aunque éste tenga intereses en el Estado requirente y a través de "amenazas" se pueda estimular su colaboración. Sin embargo, en la jurisprudencia norteamericana encontramos supuestos en los que se omitió esta excepción, especialmente, cuando se trata de un tercero que es la empresa matriz de una filial situada en territorio de Estados Unidos⁶².

b) La "discovery" en el Convenio de 1970.

Pero volvamos al punto de partida. La cuestión a resolver es si el Convenio de La Haya de 1970 se aplica a los supuestos en los que la prueba sea obtenida a través de la "discovery" o si, por el contrario, esta cuestión escaparía a su regulación.

En primer lugar, debemos admitir su inclusión porque no es de recibo el argumento de que se trata de un medio para obtener prueba, no de una prueba. Esta distinción es comprensible, como hemos visto, en concepciones procesales que parten de la existencia de dos fases en la obtención de la prueba: el material en bruto ("evidence") y el material una vez depurado ("proof"). No es, sin embargo, asumible en un texto que no se limita a valoraciones formales sino sustantivas. La "discovery" es el medio para obtener el material antes de ser procesado, exige, por lo tanto cierto control porque es necesario el respeto de ciertas garantías y, en el caso de que deba practicarse en el extranjero, del respeto de los

⁶² Véase al respecto G. GARONE, "Extraterritorialità...", cit., pp. 557-558.

intereses de todos los implicados.

Puesto que el texto de 1970 se aplica tanto a procesos futuros como incoados, cabría utilizar el Convenio tanto en los supuestos de "discovery" en la fase "trial" como en la fase "pre-trial", excepto para el "pre-trial discovery of documents" del art. 23 del mismo texto, si se hace la declaración pertinente al respecto (art. 35). El problema, sin embargo, persistiría pues deberíamos decidir si el Convenio se aplica, en todo caso, o, como sostienen los Estados Unidos, sólo cuando el sujeto requerido sea un tercero. Es necesario, además, que éste no colabore voluntariamente con las autoridades judiciales del Estado requirente, trasladándose a su territorio para la práctica de la prueba⁶³. En tal caso, el juez del Estado requirente podrá volver a intentar su producción, esta vez a través de las "letter of request" para que los tribunales del Estado requerido actúen a través de sus medios de coerción y, en este caso, sí se utilizaría el texto de La Haya de 1970.

Esta secuencia, sin embargo, debe entenderse matizada tras la reforma de las FRCP de 1993. En esta se formula una prelación de mecanismos para la obtención de prueba en el extranjero en la que ocupa un lugar predominante la "letter of request". Esto significaría, a nuestro juicio, una declaración de los Estados Unidos en la misma dirección que se manifestó la Comisión periódica de La Haya de 1989. Ello significaría, pues, fomentar la utilización prioritaria del Convenio de 1970 para acabar con las fricciones internacionales generadas por la falta de acuerdo sobre su naturaleza, objetivo inicial del Convenio.

⁶³ Como es el caso, al que ya nos referimos, de las "removal orders". Vid. D.J. GERBER, "International Discovery...", cit., p. 537.

Admitida su inclusión en el texto de 1970, nada impediría utilizar para su ejecución la forma especial prevista en el art. 9 del Convenio cuando Estados Unidos sea el Estado requirente. Cuando Estados Unidos sea el Estado requerido podrá admitir peticiones en forma distinta a las previstas en el Convenio, cuando aquélla sea más beneficiosa para alcanzar los objetivos convencionales. Por tanto, en este caso, podrá utilizar sus normas procesales autónomas, es decir, las FRCP.

C. Medidas de aseguramiento de prueba. La prueba anticipada.

Admitida la inclusión de la "discovery" en el concepto de prueba que se contiene en el Convenio de 1970, el siguiente problema que plantea la delimitación del concepto de prueba en el Convenio es el de la posibilidad de incluir en el mismo las medidas de aseguramiento de prueba.

Si consideramos, en primer lugar, que el objeto del Convenio es obtener pruebas en el extranjero, y sólo a este fin, significaría que sólo será aplicable cuando lo que se pretende es la actuación encaminada a fijar o demostrar la veracidad o realidad de un hecho destinada a lograr la convicción del juez y no cuando aquélla se dirija a la conservación del material probatorio para que pudiera ser practicado en el momento procesal oportuno.

Refuerza esta exclusión la declaración expresa del legislador convencional al situar fuera de la aplicación del Convenio las medidas cautelares o de conservación (art. 1), en las que podrían incluirse las medidas de aseguramiento de prueba.

No obstante, debemos recordar que, además de la prueba, se

incluyen en el Convenio de 1970 "otras actuaciones procesales", entre las que, como veremos, se ha incluido medidas de aseguramiento de bienes, por ejemplo, sobre lo que volveremos más adelante.

Debemos distinguir, dentro de las medidas de aseguramiento de prueba dos supuestos. En primer lugar, encontramos medidas de aseguramiento de prueba, *stricto sensu*, cuyo objetivo es preservar el material probatorio de cualquier alteración hasta la práctica de la prueba⁶⁴ (provisionalidad) de un riesgo inminente (*periculum in mora*) y siempre que existan garantías por parte del peticionario (*fumus boni iuri*). Y, en segundo lugar, encontramos una medida específica de aseguramiento de la prueba como es la prueba anticipada.

Las primeras no tienen una naturaleza probatoria mediata, circunstancia que sí concurre en las segundas pues, si bien también tiene como fin la conservación del material probatorio, son pruebas, *stricto sensu*, que se practican anticipadamente y que, por tanto requiere la concurrencia de los mismos requisitos y garantías que si la prueba practicada en el momento procesal oportuno se tratase. Por tanto, cuando nos enfrentamos a los problemas originados por las medidas de aseguramiento de prueba, debemos tener en cuenta esta doble circunstancia. Así, mientras que nadie duda de la naturaleza asegurativa de las pruebas anticipadas, e incluso, nadie duda de su inclusión en normas convencionales, menos unánime es la opinión en torno a las medidas de aseguramiento, no sólo por su naturaleza jurídica sino, incluso, por su canalización por fórmulas distintas de la anticipación de la prueba.

⁶⁴ Por ejemplo, a través del depósito judicial de los bienes o su embargo hasta la práctica de la prueba.

Respecto a la inclusión de medidas de aseguramiento y pruebas anticipadas en normas convencionales, el Informe al Convenio de 1970 no ofrece dudas sobre la voluntad de incluir las pruebas anticipadas en los supuestos en los que aquél será de aplicación⁶⁵, mientras que, por el contrario, resulta más dudosa la aplicación del Convenio de La Haya a las medidas de aseguramiento de prueba. Para ejemplificar qué pruebas anticipadas podrían obtenerse a través del Convenio, se hace una referencia expresa a la "perpetuation of testimony", la "enquête ad futurum" (art. 145 NCPC francés), a pesar de la ésta también tiene una función aseguradora, supuesto excluido, en principio, del texto de 1970 (art. 1. pfo. 3º), o la "Beweissicherungsverfahren" (Parágrafos 485-494 ZPO).

La cuestión sobre la inclusión o no de las medidas de aseguramiento de prueba distintas a la prueba anticipada pasa por la determinación del objeto excluido en el pfo. 3º del art. 1 del Convenio de 1970. Cabe, en primer lugar, considerar que el Convenio se refiere a la exclusión de su aplicación a las medidas de conservación dirigidas a dar respuesta provisionales a una ejecución ulterior, a fin de no ver defraudadas las expectativas de los litigantes⁶⁶. La respuesta parece clara: el texto de 1970 no es el camino más adecuado para encauzar la ejecución de una decisión adoptada en el Estado requirente y ejecutable

⁶⁵ Véase la referencia expresa en Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 203.

⁶⁶ Que incluiría las medidas de conservación ("injunctions") y medidas anticipativas ("restraining orders", "forced sales", "receiverships and mandamus"). En este sentido, Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 203.

En contra de esta exclusión, véase V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, ed. Eurolex, Madrid, 1996, pp. 71 y ss; y V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, ed. Beramar, Madrid, 1993, pp. 117 y ss.

en el Estado requerido. En este caso, al igual que en la notificación, se pretende excluir ambos supuestos de esos "otras actuaciones judiciales" a las que sí se aplica el Convenio⁶⁷. No obstante, cabe una segunda interpretación de las exclusiones. Estas se referirían a aquellos aspectos relacionados con la prueba a los que no se aplica el Convenio. Los datos que analizaremos más adelante parecen apuntar hacia la primera interpretación.

Admitamos, a pesar de su esquivia naturaleza a la que nos referiremos ulteriormente, la posibilidad de aplicar el Convenio de La Haya a las medidas de aseguramiento de prueba. Inevitablemente la primera cuestión que se nos plantea es si el Convenio podría ofrecer un cauce adecuado a las necesidades de aquellas medidas⁶⁸. A diferencia de lo que ocurriría con la prueba anticipada en la que sí pueden utilizarse las opciones más ágiles del Convenio, la medida de aseguramiento de prueba sólo podrían obtener respuesta a través de la petición formulada de Autoridad Central a Autoridad Central y ejecutada en el Estado requerido por un órgano judicial.

Sin embargo, tal vez, el Convenio de La Haya no sea el medio más adecuado para dar satisfacción a una actuación que requiere de la máxima agilidad. Las distintas comisiones especiales, que se han ocupado

⁶⁷ La exclusión se justifica, para la notificación, por la existencia de un instrumento convencional específico como es el Convenio de La Haya de 1965.

Para las medidas de conservación o ejecución, la exclusión se justifica porque el Convenio de La Haya de 1970 parte de actuaciones que no suponen una compulsión al Estado requerido. Cabe, sin embargo, que esta exclusión pueda matizarse. Si ponemos en relación la exclusión con el art. 27 del Convenio, cabría considerar la extensión del Convenio a estas materias cuando el derecho del Estado requerido admitiera esta posibilidad. Véase, en este sentido, P. GOUGHENHIM, "Convention..."cit., p. 319.

⁶⁸ Téngase en cuenta, en este sentido, las quejas del Relator Especial de la CIDIP II, *Actas y Documentos CIDIP II*, vol II, cit., p. 17.

de la aplicación del Convenio de La Haya de 1970, han puesto de manifiesto que la media de tiempo empleado en la petición-ejecución-devolución de una prueba es de tres a seis meses, lo que exige la búsqueda de vías para reducirla en todo lo posible. Parece claro que la urgencia con la que debe practicarse la prueba (art. 9, *in fine*) topa con algunos obstáculos que la ralentizan y que, a los efectos de las medidas de aseguramiento de prueba, desactivarían toda su virtualidad.

D. Otras cuestiones. La inclusión en el concepto de prueba del Convenio de La Haya de la prueba relativa a la información sobre el derecho extranjero⁶⁹.

Podríamos preguntarnos, por último, si cabe la inclusión en el concepto de prueba del Convenio de La Haya de otros aspectos de la cooperación que se sirvan de material probatorio para cumplir su propia función y, en concreto, si puede incluirse la información del derecho extranjero.

La Comisión especial de 1985 sobre seguimiento de la aplicación del Convenio de La Haya de 1970, se planteó la inclusión de aquella en el ámbito material del Convenio por la posibilidad de utilizar la comisión rogatoria para la obtención de información jurídica extranjera⁷⁰. Dicha

⁶⁹ Sobre esta cuestión véase A. PEREZ VOITURIEZ, *La información de la ley extranjera en el Derecho internacional privado*, ed. Tecnos, Madrid, 1988, esp. pp. 139-140.

⁷⁰ Véanse las Conclusiones de esta Comisión, cit., *supra*.

No es una circunstancia extraña la utilización de la comisión rogatoria como un medio para obtener información sobre un derecho extranjero. Así, véase, por ejemplo, la sentencia en el proceso Ditta Oriente Export v. Compagnia di Assicurazioni La Villoria, citada. En este litigio se aplica el Convenio de La Haya de 1954 para obtener una prueba que no es otra que la comprobación de la existencia de un uso mercantil y el contenido del derecho extranjero (iraní).

También algunos convenios bilaterales incluyen esta materia dentro de la cooperación judicial internacional. Véanse, en este sentido, los convenios bilaterales con China (art. 10) y Checoslovaquia (art. 10).

inclusión se encauzaba a través de la formulación genérica relativa a "otros actos judiciales" (art. 1, pfo. 1º). La calificación como acto judicial o no de la petición de información de derecho extranjero se determinará conforme a práctica judicial nacional⁷¹.

La petición de información sobre derecho extranjero será un acto judicial, de jurisdicción voluntaria, si utilizásemos el Convenio Europeo sobre información del derecho extranjero de 1968⁷². Este texto exige que la petición de información provenga, en todo caso, de una Autoridad judicial, con independencia de quién haya formulado la necesidad de esta información (art. 3) y ya se trate de un proceso incoado como futuro (art. 3 Protocolo adicional). Por tanto, en este supuesto sería aplicable, además el Convenio de 1970. Sin embargo, como hemos señalado, es la práctica nacional la que, a la postre, determinará su consideración o no como actuación judicial y, por tanto, incluida en el art. 1 del Convenio de 1970.

En el caso del ordenamiento español, el art. 300 de la LEC define el objeto del exhorto como "las diligencias judiciales que deban practicarse en el extranjero". Si aceptamos la posibilidad de que nuestros jueces utilicen las diligencias para mejor proveer con el fin de investigar el contenido y eficacia del derecho extranjero⁷³, nada nos impediría

⁷¹ En este sentido, Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 203.

⁷² BOE, 7 octubre 1974.

⁷³ Véase, entre otros, F. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 47-48.

Téngase en cuenta, además, la Sent. TS (Sala 1ª), de 15 noviembre 1996 (RAJ, 8212). Esta resolución recoge como fórmula para la obtención de información del derecho extranjero la utilización de las diligencias para mejor proveer cuando la información aportada por las parte, como era el caso, sea contradictoria. Para ello el tribunal español dirigió su petición de información a la Embajada de Estados Unidos

admitir la utilización del exhorto para conseguir esta información a través de la petición de ejecución en el extranjero de pruebas periciales, como podría ser el informe de expertos, y documentales, es decir, la aportación de información sobre la legislación, jurisprudencia en aplicación o su vigencia⁷⁴. No obstante, es evidente, a nuestro juicio, que esta postura es minoritaria frente a una jurisprudencia elaborada en otro sentido⁷⁵.

III. Localización temporal. La obtención de prueba en distintos momentos procedimentales.

El concepto de prueba que hemos tratado de delimitar en las páginas precedentes, como ya se ha señalado, actúa con independencia del momento procesal y siempre que se pretenda lograr convencer al juzgador de la existencia de una determinada situación que puede formar parte del supuesto de fáctico de la norma (objeto del litigio) o de la aplicación o no de su correspondiente consecuencia jurídica (circunstancias del litigio). En el primer caso, la prueba debe practicarse necesariamente con anterioridad al inicio, pues es causa del mismo, mientras que en el segundo, debemos diferenciar varios supuestos:

- que la prueba (sobre elementos circunstanciales) se practique con anterioridad al proceso;

y a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

⁷⁴ Véase, en este sentido, el art. 3 de la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, hecha en Montevideo, de 8 de mayo de 1979 (*BOE*, 13 enero 1988).

En este texto los medios para la obtención de información sobre el derecho extranjero son la prueba documental (copia de textos en vigor, práctica y jurisprudencia), la pericial (informe de abogado o experto) y la "oficial".

⁷⁵ Véase, entre otras, Sent. TS (Sala 1ª), de 17 de marzo de 1992 (*RAJ*, 2195), como muestra de la opinión jurisprudencial. En contra de esta jurisprudencia, téngase en cuenta, por ejemplo, la Sent. AP Bilbao, de 31 de julio de 1991 (*RGD*, núm. 573, junio 1992, pp. 6168-6169).

- que la prueba se practique con anterioridad a la fase del recibimiento a prueba; y,
- que se adopten las medidas necesarias para que la prueba se practique en la fase procesal oportuna.

Un factor que en todos estos casos no debemos ignorar es la necesidad de la cualificación de la prueba, es decir, con independencia del lugar o del objeto de ésta el material requerido o aportado debe ceñirse al objeto del litigio o a la mejor definición de éste. Es por ello imprescindible que no olvidemos, en primer lugar, que el derecho a la prueba no es un derecho ilimitado, y, en segundo lugar, que frente al derecho del peticionario a obtener el material necesario para fundamentar su derecho existe un derecho de la contraparte o de un tercero a no soportar la carga de una actuación procesal sólo apoyada sobre una base indiciaria y sin relación con el objeto litigioso.

Como ya hemos señalado, el Convenio de La Haya de 1970 también parte de esta múltiple localización temporal de la prueba. Por lo que, en la línea de favorecer la cooperación y tutelar del modo más tolerable y útil los derechos de las partes en el proceso, extiende su aplicación tanto a los supuestos en los que el proceso esté iniciado, como en los que la actividad probatoria vaya dirigida a la posibilidad de su inicio futuro. Sin embargo, el texto de 1970 no recoge todos los supuestos que hemos apuntado.

1. Aplicación del Convenio de La Haya de 1970 a un proceso incoado o futuro.

Para poder utilizar el Convenio de La Haya de 1970 no es necesario que exista un proceso pendiente ya que cabe la obtención de

prueba destinada a un proceso futuro. Ahora bien, si la circunstancia de que la prueba se ejecute en una fase preprocesal no es desconocida para los ordenamientos de derecho continental⁷⁶, sin embargo, referida dicha circunstancia a los países de derecho anglosajón, y más concretamente al norteamericano, provoca no pocos recelos por la posibilidad de la práctica de pruebas abusivas, inadmisibles o utilizadas para fines extraprocesales.

El desajuste entre las distintas concepciones jurídicas⁷⁷ se produce por la distinta función que se atribuye a esta fase preprocesal. Así, de una parte, en los países de derecho civil se le atribuye una función probatoria. Consiste, pues, en la obtención de material probatorio que puede desaparecer o alterarse como consecuencia del transcurso del tiempo hasta alcanzar la fase probatoria. Por tratarse de una prueba, *sensu stricto*, que por la certeza de un riesgo que pende sobre ella, necesita de una ejecución anticipada, se requiere precisión en el objeto de la prueba, que ésta sea importante para la resolución del litigio y que esté controlada judicialmente⁷⁸.

⁷⁶ Véanse, los arts. 692 y ss. del NCPC italiano; el art. 145 del NCPC francés; los párrafos 487 y ss. de la ZPO; o nuestro art. 502 de la LEC.

También recogido en ley de 1 de abril de 1988, de reforma del Código de procedimiento holandés que recoge tres formas de obtención anticipada de prueba: testigos, peritos y reconocimiento judicial de lugar. En este sentido, E.P.A. KEYZER/M.Th. NUHUIS, "The Hague Evidence Convention...", cit., pp. 159-160.

⁷⁷ Sobre las diferencias en los principios inspiradores del proceso existentes entre las distintas concepciones jurídicas, véase, M. CAPPELLETTI *et al.*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, *Civil Procedure*, Chapter 1. *Introduction. Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure*, coed. J.C.B Mohr/M. Nijhoff, 1987, pp. 8 y ss.

⁷⁸ Así, el peritaje requerido por la parte en previsión de la alteración de la cosa no se considera una prueba pericial porque falta el control judicial en la elección de los peritos, la intervención de las partes y la audiencia de éstas (arts. 626 y 628 LEC).

En los países "common law", en cambio, además de esta función probatoria la fase "pre-trial" también desempeña una función de concreción de las pretensiones y, como consecuencia de ésta, también una función depuradora ya que elimina aquellos supuestos carentes de bases jurídicas sólidas⁷⁹. Por último, y como consecuencia de lo anterior, la fase "pre-trial" permite evitar el proceso a través de acuerdos extraprocesales⁸⁰, en los que el juez actúa como un mediador entre las partes. Esta distinta consideración de la función de la fase preprocesal y de la naturaleza del material probatorio que en ella puede producirse condiciona, a su vez, como vimos más arriba en relación a la cualificación de la prueba, la ubicación de filtros que eviten, en la medida de lo posible, su distracción para fines distintos a la resolución del conflicto *inter partes*⁸¹.

Pese a todo ello, sin embargo, debemos tener en cuenta que tanto para los países de derecho continental como para los de derecho común el "pre-trial" es una fase preprocesal, lo que no quiere decir que sea extraprocesal⁸². Así, en el sistema procesal norteamericano se distingue entre "pre-trial" y "pre-lawsuit". En el primer caso, es necesario que exista una base jurídica razonable para su tramitación, mientras que en el segundo nos encontramos ante supuestos con una fase jurídica escueta

⁷⁹ Lo que, sin embargo, puede abrir la posibilidad de un uso desviado, especialmente grave en el caso del espionaje económico. Véase, en este sentido, la referencia citada en B. RISTAU *International Judicial...*, cit., p. 230.

⁸⁰ En este sentido, véase W.J. HABSCHEID/S.V. BERTI, "European Summary", en AA. VV. *Pre-trial and Pre-Hearing Procedure Worldwide*, ed. Graham and Trotman and IBA, Londres, 1990, pp. 46 y ss.

⁸¹ En este sentido, B. ANCEL, B., "Le transfert...", cit., p. 8.

⁸² La calificación como "trial" o "pre-trial" se realizará conforme a la ley del Estado requerido. En este sentido, L. COLLINS, "Opportunities for and Obstacles..." cit., *supra*.

y considerados, consiguientemente, como temerarios⁸³. Por tanto, el "pre-trial", puede ser considerado como una fase embrionaria del proceso, y, en principio, salvo acuerdo de las partes, dirigida a él. Lo que supone, por ejemplo, el respeto a los derechos procesales de las partes o el respeto a la aportación de materiales privilegiados y, por tanto, de acceso restringido.

Sin embargo, el hecho de que las actuaciones que deban realizarse en fase "pre-trial" estén en manos de las partes y sus abogados genera desconfianza en los países de derecho continental, dado que el juez se mantiene en una posición secundaria. Si a estos problemas les sumamos los apuntados sobre la "discovery" el resultado no puede ser más conflictivo. Por una parte, los países de derecho civil recelan de la ausencia de control judicial y de filtros que requieran concreción y precisión en las pruebas requeridas. Por otra, los países "common law" añaden una distinta concepción de los perfiles y límites de aquélla y a los recelos que produce la generosidad de su alcance.

No puede sorprender, pues que el resultado haya sido la polémica surgida en el seno del Convenio de La Haya de 1970, en el que todas estas cuestiones concurren. La complejidad de su solución radica en el hecho de que es necesario el análisis pormenorizado de los supuestos, así como la distinción entre casos de "pre-trial discovery" razonables de aquéllos que no lo sean.

⁸³ Sobre esta distinción, véase, S.F. BLACK, "United States Transnational Evidence: The Rise and fall of the Hague Evidence Convention", *ICLQ*, 1991, p. 903.

A. El "pre-trial discovery of documents".⁸⁴

Poco tiene que ver el punto de partida de la propuesta británica para la regulación del "pre-trial discovery of documents" con el resultado obtenido. En su origen, sólo se pretendía que el Convenio se aplicase, exclusivamente, cuando hubiese un proceso pendiente ("for use in proceedings pending in the State of origin"). En el texto inglés, además, aparecía una referencia expresa a la "discovery" limitada a las partes⁸⁵.

En un momento posterior, cuando vuelve a concretarse esta propuesta, el art. 1 la recoge, en parte. Pero aparece junto a un art. 23 que no refleja la voluntad inicial pues no sólo se omitía el límite *inter partes* de la "discovery", sino que, además, este límite se convertía en la incorporación de cuestiones que se habían evitado como era la posibilidad extender aquélla a supuestos distintos a la obtención de documentos, como es el caso de las "depositions", "interrogatories" o exámenes físicos y mentales de las partes⁸⁶. Así, el resultado es un texto que ni satisface a quienes lo que intentaron era limitar el uso de las "variaciones" norteamericanas a la "discovery" más amplias y entrometidas, a fin de permitir una cooperación menos recelosa, ni a

⁸⁴ Véanse sobre los problemas de éste en relación con la obtención de pruebas en Europa, H.V. von HÜLSEN, "Gebrauch und Mißbrauch US-amerikanischer "pre-trial discovery" und die internationale Rechtshilfe", *RIW*, 1982, pp. 225 y ss.; y A. MENTZ, "Das "Pre-trial Discovery" Verfahren im US-amerikanischen Zivilprozeßrecht", *RIW*, 1981, pp. 73 y ss.

⁸⁵ En este punto es donde más divergen los ordenamientos norteamericano y británico. Mientras que el primero admite la práctica de la prueba por una relación indiciaria entre el proceso y el material documental requerido, el ordenamiento británico exige la relación directa entre ambos. Baste como ejemplo lo dispuesto, en este último caso, en el art. 2 (3) (b) y 2 (5) de la Protection of Trading Interest Act. 1980, *ILM*, 1982, pp. 834 y ss.

⁸⁶ Sobre los avatares de este artículo véase D. McCLEAN, *International...*, cit., pp. 97 y ss.

políticos, juristas o jueces norteamericanos, quienes consideran que la solución rompe el consenso que presidió todo el proceso convencional y, por tanto, a partir de ese momento, cualquier solución ajena al Convenio era defendible.

En los perfiles que delimitan la declaración que los Estados contratantes pueden hacer respecto al art. 23 del Convenio no se diferencian los supuestos según se trate de una petición dirigida a una parte o a un tercero ni tampoco a la existencia de otros tipos de "pre-trial" que quedan excluidos de aquella posibilidad. Puesto que el Reino Unido lo único que pretendía era salvar su concepto de "discovery", su propuesta ignoró los supuestos inexistentes en su ordenamiento como son, por ejemplo, los "interrogatories", cuestiones escritas que pueden tratar sobre documentos⁸⁷ y que pueden, sin embargo, plantear problemas similares a los del "pre-trial discovery of documents"⁸⁸.

Sin embargo, el enunciado del citado artículo, comisiones rogatorias en las que se contenga el "pre-trial", entendido desde una óptica "common law", se limita a los supuestos en los que la entrega de documentos se requiera de un tercero, supuesto en el que habrá de utilizarse la comisión rogatoria. Así, si se tratase de una de las partes, el

⁸⁷ Véase, en este sentido, la sentencia en el asunto Siemens AG v. Bavarian Ministry of Justice, cit., *supra*.

⁸⁸ Véase, en este sentido, D.J. GERBER, "International Discovery...", cit., p. 535.

En contra de esta extensión, véase la sentencia en el asunto Murphy v. ReifenhauervG Maschinenfabrick, 101 FRD 360 (citada en *The Practice of International Litigation*, vol.I, Transnational Juris Publications, Inc., Nueva York, 1992, p. 250, n.p.p. 33). En esta sentencia se señala que el Convenio de 1970 no es aplicable a la "discovery" porque ésta no es contraria a los principios de la cortesía internacional porque para su práctica se sopesan los intereses concurrentes y, en este caso, se considera que los intereses de Alemania es "... less compelling in this instance than, for example, where a non-party is sought for deposition or where the scope of discovery sought involves more intrusive methods".

tribunal del Estado requirente podría requerir directamente a ésta para la producción de los documentos o bien utilizar la vía del Capítulo II del Convenio, es decir, la ejecución de la prueba a través de funcionarios diplomáticos, consulares y comisarios. En cuyo caso el límite se encuentra en que la modalidad de prueba no esté prohibida por la legislación del Estado requerido (art. 21 Convenio 1970).

Una vez hecha la declaración prevista en el art. 23 sin tener en cuenta estos antecedentes, los Estados de derecho civil excluyen, tal vez sin voluntad de hacerlo, incluso, los supuestos que los británicos querían proteger porque sobre ellos se pueden establecer las garantías necesarias para que esta herramienta procesal, agilizadora y clarificadora del proceso, no se convierta en un arma en manos de una parte poco escrupulosa. Por tanto, lo que se ha conseguido ha sido sembrar la confusión en los Estados de tradición jurídica continental que, preventivamente y tal vez sin conocer el alcance, han realizado una declaración "amplia"⁸⁹, como es el caso de España, quizás por la

⁸⁹ Que contrasta con la "estricta" encabezada por el Reino Unido y secundada posteriormente por otros Estados de derecho civil (Argentina, Dinamarca, Finlandia, Francia, Noruega, Países Bajos, Suecia, Suiza y Venezuela). Véase el contenido de esta declaración de exclusión limitada en *Guía Práctica de los Convenios...*, cit., pp. 308 y ss.

A este respecto, véase, por ejemplo, la Declaración hecha por Suiza en el momento de la ratificación del texto de 1970 en la que señala que sólo aplicará la exclusión del art. 23 a los supuestos en los que: **a)** no exista una relación directa y necesaria de la prueba con el procedimiento; **b)** se exija la presentación genérica de los documentos que tiene o tuvo en su poder o custodia; **c)** se requieran documentos distintos a los solicitados que "tenga en su poder o custodia"; y **d)** que se pongan en peligro intereses protegibles de personas interesadas.

Sobre el proyecto alemán de 15 de noviembre de 1988, para limitar los efectos del art. 23 Convenio La Haya 1970 recuérdese, entre otros, H. KOCH/CH. KIRCHNER, "Problème einer Urkundenvorlage...", cit., *supra*, pp. 127 y ss., donde se señalan las distintas alternativas consideradas sin que por el momento se haya avanzado en este proyecto.

No obstante, los parágrafos 424 y 425 de la ZPO señalan cual debe ser el contenido de la petición de documentos al extranjero: identificarlos con precisión; extremos que se pretende demostrar con su obtención; si es posible, descripción

escasez de contactos con Estados Unidos⁹⁰.

A su vez, este azaroso desarrollo de la intención originaria británica ha conducido a que los Estados Unidos consideren que se ha producido una "recepción hostil" de todas sus peculiaridades procesales y les ha dado un argumento más para la evitar la utilización el Convenio de La Haya de 1970, ya que esta declaración se ha considerado contraria a la buena fe y la "comity" que deben regir las relaciones internacionales⁹¹ y, además, ha generado desconfianza en los jueces y prácticos norteamericanos⁹². El argumento que se utiliza, el mismo que justifica la aplicación extraterritorial unilateral de la "discovery", es que de no hacerlo así se beneficia a los litigantes extranjeros. Así, utilizar el Convenio de La Haya supondría la ruptura de la igualdad entre los intervinientes en el mercado⁹³.

Así, los celos frente a las peculiaridades norteamericanas no sólo provienen de problemas procesales como la ruptura del principio de

contenido; razones para pensar posesión otra parte; razones que justifican el deber producción por oponente. A esto A. HECK, "US. misinterpretation...", cit., p. 244, añade la necesaria demostración de la legitimidad peticionario para pedir y no el deber de la otra parte o de un tercero de entregar.

⁹⁰ Es evidente que, en concreto, las empresas españolas actúan en menor medida en el mercado norteamericano que en el suramericano, lo que no obsta para que encontremos algunas sentencias sobre este contacto. Así, por ejemplo, véase, la Sent. TC 43/86, de 15 abril (*BOE*, 29 abril).

Sin embargo, en la actualidad puede verse incrementada la necesidad de que nuestro ordenamiento de respuesta a las peculiaridades procesales norteamericanas, como veremos más adelante.

⁹¹ Véase, R.B. von MEHREN, "Discovery...", cit., p. 898.

⁹² Véase la intervención de G.A.L. DROZ en el Comité français de droit international privé, cit., p. 227.

⁹³ En este sentido, véase, J.M. FEDDERS, "Policing Internationalized...", cit., p. 92.

igualdad, la tutela de los terceros, o la existencia de una jurisdicción excesiva, sino que se ven alterados por la sospecha del uso de armas procedimentales para fines económicos como, por ejemplo, el conocimiento de la contabilidad o de los sistemas de producción de las empresas que actúan en el mercado norteamericano⁹⁴.

Las soluciones apuntadas para solventar este cúmulo de malentendidos se orientan en dos direcciones⁹⁵. Por una parte, una posible solución vendría a través de la celebración de convenios bilaterales⁹⁶ que, dada la formulación del art. 28 del texto de 1970, serían paralelos al texto interpretado. Y, por otra, se propone la revisión de las declaraciones, recomendación defendida por la Comisión especial de 1985.

Esta Comisión propuso utilizar como modelo de la revisión de las declaraciones el art. 16 del protocolo adicional al Convenio de obtención de prueba de 1984⁹⁷ en el que se exige:

- que el procedimiento, *lato sensu*, se haya iniciado;
- que los documentos estén razonablemente identificados con fecha, contenido u otra información apropiada; y

⁹⁴ Véanse, en este sentido, B. ANCEL, "Le transfert...", cit., p. 8; y D.R. ROBINSON, "Compelling Discovery...", cit., pp. 534-535.

⁹⁵ Se olvida, sin embargo, la vía diplomática, prevista en el propio Convenio de 1970 para resolución de los problemas relacionados con su aplicación (art. 36).

⁹⁶ Sobre el uso de Convenios bilaterales para solucionar los problemas planteados por el texto de 1970, véanse, R.B. von MEHREN, "Discovery...", cit., p. 900; y V. RANOUIL, "Les lois de blocage", *DPCI*, 1986, p. 529.

⁹⁷ En *IJM*, 1985, pp. 472 y ss, así como el modelo anejo a esta Convención (*ibídem*, pp. 478 y ss).

- que se aleguen los hechos y circunstancias que inducen al peticionario a creer que los documentos están en poder, custodia o bajo su control, o que el contenido de los mismos es conocido por la persona a la que se requiere⁹⁸.

Entre las condiciones necesarias para la ejecución de las peticiones que contengan el "pre-trial discovery of documents", no se exige, sin embargo, que el juez del Estado requerido controle la admisibilidad o no de la prueba solicitada conforme a su *lex fori*. Debe, por tanto, confiar en la aplicación por el juez del Estado requirente de los filtros para la admisibilidad de la prueba, aunque se sitúen en un momento distinto, en nuestro caso, *ex post*.

Sin embargo, el control por parte del juez del Estado requerido de la concurrencia de determinadas condiciones, de la existencia de correlación entre las pretensiones y los documentos requeridos, podría dar la apariencia de que, en realidad, el juez del Estado requerido controla la incidencia de la prueba documental sobre la decisión. Se olvidaría, no obstante, que la pertinencia de una prueba se valora en la relación con el *thema decidendi*, de tal modo que si aquella prueba no se practicara la decisión sería distinta. Decisión que compete, a nuestro juicio, a la discrecionalidad del juez del Estado requirente. Admitamos, sin embargo, que el juez del Estado requerido puede controlar esta relación. En este caso, el juez del Estado requerido debería valorar la prueba como si tuviese que resolver sobre el fondo de la cuestión, lo que excedería de las condiciones que debe cumplir un acto de cooperación, *stricto sensu*.

⁹⁸ Véase la similitud de la propuesta con la reserva hecha por Suiza, cit., n.p.p. 87 del presente Capítulo.

Pero no es éste el sentido de los límites a la declaración de no ejecución del supuesto del "pre-trial discovery of documents". Si analizamos su contenido, lo que encontramos no es un doble control de las normas de admisibilidad, es decir, que deban aplicarse las normas de admisibilidad de la prueba tanto del Estado requirente como del requerido, sino que se permite al juez del Estado requerido valorar la relación o no de determinados documentos con el proceso principal. Dicha valoración no se realiza conforme a su discrecionalidad, sino a las pautas trazadas en las declaraciones que concretan los límites de la tolerancia que ha decidido soportar Estado requerido para la producción de ciertos documentos en su territorio. La utilización de dichas pautas y la consideración de los principios de tolerancia y utilidad que inspiran al texto de 1970 supondría, pues, la renovación de los votos a favor de este Convenio.

B. Las cuestiones derivadas del "pre-trial discovery of documents" y su encuadre en el ordenamiento español.

Si hasta ahora parecía lejana la posibilidad de que nuestro ordenamiento tuviese que enfrentarse y resolver los problemas derivados del "pre-trial discovery", la distancia parece acortarse si tenemos en cuenta que comienza a existir ciertos procesos en Estados Unidos en los que se ven implicadas empresas españolas y en los que se plantean cuestiones similares a las que ya se han presentado en relación con otras sociedades europeas.

Baste como ejemplo, en primer lugar, la aparición de la noticia del inicio, por parte de la SEC, de una investigación relativa a ciertas actividades del Banco de Santander en Estados Unidos con la adquisición

del First Bank⁹⁹. Y, en segundo lugar, la Sent. U.S. District Court for the Southern District New York, de 11 octubre 1995, en el asunto In Re Application of Sarrio SA for Assistance before foreign Tribunal, en la que se recoge una nueva tendencia de los tribunales norteamericanos que limita la utilización de la "discovery"¹⁰⁰.

España declaró la no aplicación del supuesto del art. 23, al igual que la mayoría de los Estados parte en el Convenio de 1970¹⁰¹, por la ausencia de filtros anteriores a la ejecución del "pre-trial discovery of documents"¹⁰². Sin embargo, no se tuvo en cuenta que con esta reserva no se excluían todas las modalidades del "pre-trial discovery", sino que se limitaba al supuesto en el que el material requerido fuese documental. Así, otras formas de "pre-trial discovery" no sufrían las restricciones de la reserva, como son los "interrogatories" o la "examination". Estas modalidades de "pre-trial discovery" permiten obtener información del contenido de los documentos a través de la ejecución de pruebas testificales escritas u orales, aunque éstos no estén plenamente identificados. Para que los tribunales de los Estados parte del Convenio de 1970 puedan ejecutar esta modalidades probatorias será necesario

⁹⁹ Véase el semanario *Epoca*, núm. 398 (del 4 al 10 de diciembre de 1995), pp. 10 y ss.

¹⁰⁰ Tras iniciarse un proceso en España entre Sarrió c. KIO y el grupo Torras, Sarrió acude a los tribunales norteamericanos para obtener cierta información bancaria tanto de sucursales y bancos situados en Estados Unidos como de sucursales de ciertos bancos en Europa, incluida España. A lo que los tribunales norteamericanos se oponen porque "...the applicants were free to obtain production of documents located in Spain by court procedures in Spain" (pfo. 15).

Véase el texto íntegro de esta sentencia en *ILP*, 1996, pp. 564 y ss.

¹⁰¹ Véase dicha declaración sobre el art. 23 del Convenio en *Guía práctica de los Convenio...*, cit., pp. 319 y ss.

¹⁰² Véase, D.R. SHEMANSKI, "Obtaining Evidence in the Federal Republic of Germany. The impact of Hague Evidence Convention on German-American Judicial Cooperation", *IL*, 1983, p. 480.

utilizar la forma especial del art. 9 del mismo texto.

La cuestión que se nos plantea es la razonabilidad o no de la reserva hecha por nuestro país. La declaración absoluta que hizo España elimina cualquier posibilidad de ejecutar en nuestro territorio peticiones de "pre-trial discovery of documents", incluso las que pudieran parecer más razonables, sin que previamente se modifique aquella declaración mediante un nuevo acto formal (arts. 34-35 Convenio de La Haya de 1970). Esta situación nos conduce a reflexionar sobre la necesidad de modificar y matizar nuestra reserva a fin de que nuestros tribunales admitan peticiones de "pre-trial discovery of documents" cuando los hechos estén fijados con cierta precisión, así como los documentos que se solicitan y que sea clara y sustancial la relación entre ambos, a fin de que no se utilice con fines paraprocesales¹⁰³, en una tendencia que comienza a generalizarse entre los Estados parte como una muestra de respaldo a la aplicación del Convenio.

En primer lugar, debemos distinguir qué supuestos contenido en nuestra LEC permitirían al juez español, antes de la incoación de un proceso, utilizar el Convenio de La Haya de 1970. Para ello debemos diferenciar los supuestos que se encuentran bajo la denominación de "diligencias preliminares"¹⁰⁴. Bajo esta rúbrica la LEC recoge dos

¹⁰³ Véase la temprana preocupación por esta posibilidad en E. REUS (Director). *Ley de enjuiciamiento civil...*, cit., pp. 357 y ss. En este comentario se señalaba que la LEC de 1881 "... trató de evitar los abusos que había introducido la jurisprudencia antigua a pretexto de la oscuridad e incoherencia de nuestras antiguas leyes, que admitían antes de que se entablara la demanda la práctica de algunas diligencias necesarias, sin las cuales el juicio no daría el resultado que se busca".

¹⁰⁴ Peca de una falta de sistemática esta regulación. Se tuvo en cuenta más el momento en el que se plantean, anterior al proceso, que su contenido. En este sentido R. SANCHEZ, "Comentario arts. 497 y ss. de la LEC", en *Ley de Enjuiciamiento civil. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., pp. 46 y ss.

cuestiones diferenciadas entre sí con el elemento común del riesgo, aunque entendido de forma distinta. Así, en los arts. 497 y ss. de la LEC se refiere a cierta información necesaria para la preparación del juicio¹⁰⁵ y que debe obtenerse antes de incoarse el proceso¹⁰⁶. En caso contrario, bien se puede dar la contingencia de que la demanda sea rechazada *a limine litis*¹⁰⁷, en el caso de los documentos (arts. 503 y ss. LEC), bien por no haber sido obtenida dicha información el procedimiento nace viciado pues hace inevitable la proposición de la excepción por falta de personalidad del actor (art. 533, 2º LEC) o del demandado (arts. 533, 4º LEC).

Por otra parte, inicialmente el fin del art. 502 de la LEC y, en el caso de que sea el demandado quien lo utilice, el art. 545 de la LEC¹⁰⁸,

¹⁰⁵ "La razón de la ley es que las partes puedan estar expuestas a perder su derecho por falta de justificación, y este fundamento es al que han de atenerse los Jueces para conceder ó denegar las informaciones de testigos antes de empezar la cuestión ó contienda judicial". Véase, en este sentido, E. REUS, *Ley de enjuiciamiento civil...*, cit., pp. 365 y ss.

Si bien parece que, en la práctica, no cumplen esta función preparatoria por su deficiente regulación y su escasa aplicación práctica. Véase, en este sentido, M.A. FERNANDEZ, "Preparación del proceso", en *Derecho procesal civil*, vol. II, cit. pp. 231 y ss.

¹⁰⁶ Cabe otra interpretación al significado de "preparación al proceso". Podría entenderse que las diligencias preliminares y, especialmente, las diligencias de comprobación de hecho no pretenden preparar el proceso sino evitarlo. Véase, en este sentido C. GONZALEZ BEILFUSS, *Nulidad e infracción...*, cit., p. 181.

¹⁰⁷ En contra, A. de la OLIVA, "Prueba documental", en *Derecho Procesal Civil*, vol. II, cit., p. 323.

¹⁰⁸ Véase la formulación mucho más amplia y técnicamente más correcta del art. 78 del Real Decreto Legislativo 2/95, citado. Téngase en cuenta, I. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, *La prueba...*, cit., pp. 120-121.

Téngase en cuenta que en el supuesto del art. 502 LEC se permite al futuro demandante requerir la medida de aseguramiento de prueba mientras que el demandado sólo puede hacerlo si existe un proceso pendiente (art. 545 LEC) y no, por ejemplo, en el supuesto de que presuma que puede ser demandado.

Véase, además, la sentencia francesa en el asunto Soc. Krupp *et al.* c. soc. Trailigaz *et al.*, cit. *supra*, en la que el demandado pretende con la petición de la medida de aseguramiento de prueba ("*mesure d'instruction ad futurum*", art. 145

era evitar el riesgo de la pérdida de un derecho por falta de fundamentación. Sin embargo, en su formulación actual el objeto protegido es una prueba determinante para el proceso (art. 502 pfo. 1º *in fine*). Para la protección de ésta es necesario que concurra alguno de los supuestos referidos en el art. 502, ya que no cabe ningún otro, y, además, que la prueba protegible sea admisible. Es decir, deberá superar un control previo de pertinencia y utilidad. No es necesario, no obstante, y a diferencia de los supuestos del art. 497 de la LEC, que la prueba protegida lo sea en un momento anterior al inicio del proceso. Así, cabrá acudir a la protección del art. 502 en cualquier momento, iniciado o no el proceso, anterior a fase procesal oportuna, para la práctica de la prueba, siempre que concurren las circunstancias del citado precepto.

En principio, pues, no cabe duda sobre la posibilidad de que el juez español pueda utilizar el art. 502 de la LEC para la práctica de una prueba testifical anticipada asumible por el texto de 1970. Sin embargo, se abre el interrogante de qué ocurre si la prueba anticipada se pretende a través de otro medio de prueba distinto a la testifical. Nuestro ordenamiento admite la posibilidad de la prueba anticipada a supuestos distintos de la prueba testifical en normas especiales¹⁰⁹. Pero existe, en cambio, una formulación general para los otros medios de prueba y concretamente cuando la prueba anticipada es, como en el "pre-trial discovery of documents", la prueba documental.

Sin embargo, algunas de las diligencias preliminares, además de

NCPC francés) la exoneración de responsabilidades previa a un posible litigio frente a un tercero.

¹⁰⁹ En este sentido, véase el art. 127. 4º de la Ley de Propiedad intelectual, en la que se admite la prueba anticipada para la práctica de la prueba de reconocimiento judicial.

cumplir la función preparatoria del proceso también sirven para evitar que una prueba pueda desaparecer o adulterarse hasta el momento de la práctica. Así, por ejemplo, la medida cautelar contenida en el art. 126. 3º de la Ley de Propiedad Intelectual permite el secuestro del material utilizado para cometer la infracción. Lo que aseguraría, bien *ex parte*, bien como diligencia para mejor proveer, la práctica ulterior de la prueba pericial¹¹⁰. En este supuesto, además, se permite que durante la tramitación de medidas cautelares específicas (art. 127) pueda practicarse la prueba de reconocimiento judicial, con carácter inmediato, incluso antes de la interposición de la demanda.

Para solucionar la posibilidad de admitir otras opciones de prueba anticipada, no parece coherente la aplicación analógica del art. 502, no sólo por su carácter excepcional, y por tanto, de interpretación restrictiva, sino, además, porque se apoya en razones subjetivas, que no pueden trasladarse a otros medios de prueba. Tampoco, en segundo lugar, parece que encontremos cobertura a este supuesto en el art. 497 de la LEC. Las alternativas que nos ofrecería este artículo comprenderían, de una parte, que sobre los documentos objeto de la prueba, con independencia de su soporte físico, papel o informático¹¹¹,

¹¹⁰ Ley 22/87, de 11 de noviembre 1987, *BOE*, 17 noviembre.

¹¹¹ Véase, en este sentido, S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial*, ed. Comares, Granada, 1995, p. 60.

Sin embargo, debe recordarse que resulta más que dudoso que el art. 497.2º LEC pueda extenderse a la exhibición de disquetes, productos, ordenadores, cuando se refiere a una actuación dirigida al ejercicio de una acción real sobre el bien exhibido. Véase, en este sentido, M.A. FERNANDEZ, "Preparación del proceso", en *Derecho procesal civil*, vol. II, cit., pp. 231 y ss.

Lo mismo ocurriría en el supuesto de extender los supuestos de los apartados 3º y 5º de la LEC a la exhibición de documentos, *in genere*, cuando la LEC limita subjetivamente su aplicación cuando el peticionario sea el heredero o el legatario, en el primer caso, y el socio o el comunero, en el segundo. En este último caso, sí puede pensarse en posibilidad de solicitar libros de contabilidad, plantilla, información publicitaria... etc, como preparación de un ulterior litigio. Véanse, en este sentido, las

se entablase una acción real sobre los documentos privados anterior al proceso. Sin embargo, resulta difícil en otro caso, pues la exhibición del bien mueble responde a la necesidad de conocer si está en poder de aquél frente al que se reclama la propiedad del bien exhibido y no al establecimiento de mecanismos de protección de dicha cosa.

Por otra parte, tan sólo cabría acudir a la aplicación analógica de los apartados 2º, 3º y 5º. Sin embargo, la aplicación analógica no es posible cuando la norma de referencia es una norma excepcional (art. 4. 2º Cc). En estos supuestos, la exhibición de documentos se limita a quienes tienen un interés directo e inmediato en el litigio, ya sean herederos, legatarios o socio o comunero. No se tratarían, además, de cuestiones de mera prueba sino que los documentos requeridos son el fundamento a las pretensiones contenidas en la demanda y, por tanto, necesariamente, deben acompañarla¹¹².

Además de esta distinción entre documentos que deban acompañar la demanda (art. 504 LEC) y aquellos que sirven para reforzar las pretensiones de las partes, pueden aportarse en un momento ulterior previa designación (arts. 506 y pfo. 2º del art. 504 LEC), caben distinguirse dos hipótesis según quién tenga en su poder la documentación requerida, si se trata de una de las partes o de un tercero. En el primer caso, y en el supuesto de que España fuese el Estado requirente, si el futuro demandado se negase a la producción de un documento esencial para poder entablar el litigio, sin justa causa, el

Sents. AP Madrid (Secc. 8ª), de 4 julio 1996 (*RGD*, 1996, pp. 11873-11874, Fº de Dº 2º); AP Madrid (Secc. 8ª), de 10 octubre 1996 (*RGD*, 1997, pp. 747 y ss.); y AP Madrid (Secc. 18ª), de 15 octubre 1996 (*RGD*, 1997, pp. 3025 y ss.)

¹¹² Así, M.A. FERNANDEZ, "Preparación del proceso", *Derecho procesal civil*, vol. II, cit., pp. 231 y ss.

tribunal podría entender tal actitud como un supuesto en el que se produciría la inversión de la carga de la prueba (*ex art. 1214 Cc*) por existir razones suficientes¹¹³. Sin embargo, debemos recordar que los documentos esenciales en los que se apoya la demanda no siempre tienen que acompañar a ésta. En algunos casos, cuando no se está en disposición de los mismos, basta con designar el lugar donde se encuentran los originales (*art. 504, pfo. 2º LEC*).

Si, por otra parte, el documento que se solicita sirve a los efectos de demostrar la existencia de un hecho alegado en la demanda, es decir, se trata de una prueba documental, el demandado estará privando a la otra parte de una de sus armas procesales, lo cual debería ser corregido a través de una diligencia para mejor proveer para evitar la indefensión¹¹⁴ ya que, en estos supuestos, existe la obligación de colaborar con la justicia (*art. 118 CE*). Si bien, el resultado de su incumplimiento sería el de una carga procesal, es decir, la inversión de la carga de la prueba a quien no presta su colaboración (*ex art. 1214 Cc*). Si, por el contrario, España fuese el Estado requerido, en ambos casos, podrá utilizar cuantos mecanismos de coerción prevea nuestro ordenamiento para que los documentos se produzcan (*art. 10 del Convenio de La Haya*)¹¹⁵.

¹¹³ Conforme ha establecido la jurisprudencia en interpretación del citado artículo, sólo es recurrible la alteración del *onus probandi* cuando ésta se haya producido indebidamente. Véanse, entre otras, las Sents. TS, de 7 febrero 1995 (*RAJ*, 1224, Fº de Dº 4º); y, de 7 junio 1995 (*RAJ*, 4631, Fº de Dº 2º).

¹¹⁴ Véase, a este respecto, entre otras, la Sent. TC 227/91, de 28 noviembre 1991 (*BOE*, 3 enero 1992, F.j. 5º).

¹¹⁵ El art. 463 del Nuevo Código Penal (Ley orgánica 10/95, de 23 noviembre, *BOE*, 24 noviembre.) limita el delito de obstrucción a la justicia a aquellos supuestos en los que el citado, de forma legal, a un proceso penal, no comparece sin justa causa, mientras que en el texto anterior, el art. 372.2º disponía que el delito de desobediencia incluía al perito que se negaba a practicar la prueba y, además, no distinguía entre los distintos órdenes jurisdiccionales.

La cuestión varía cuando España es el Estado requerido. En primer lugar, si es una de las partes la requerida para la aportación de ciertos documentos, ésta tiene la obligación de exhibirlos (art. 603 LEC *a contrario*). Si no lo hiciese, cabrá que el juez ordene el registro domiciliario "para el reconocimiento de libros y papeles de los litigantes" (art. 571 LEC)¹¹⁶. La posibilidad de utilizar este registro rompe con el principio de audiencia en la práctica de la prueba. Así, en primer lugar, el juez no tiene el deber de notificar la práctica del reconocimiento, se trataría, por tanto, de una actuación unilateral, si bien se garantiza su corrección a través de la personación en el mismo del afectado, de un familiar o de dos testigos. Además, en segundo lugar, el uso de dicho registro supone una excepción a la regla de la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en el que una de las partes no colabore en el proceso y su sustitución por un mecanismo de coerción directa sobre el poseedor de ciertos documentos.

Si, por el contrario, en segundo lugar, los documentos que se solicitan están en poder de un tercero, tanto si se hace con anterioridad o posterioridad al iniciado un procedimiento y con independencia de que sean principales o accesorios. Como ya hemos apuntado, para nuestro ordenamiento, la prueba anticipada es una prueba, *stricto sensu*, que necesita, por tanto, haber sido admitida por guardar una estrecha relación con el *thema decidendi*, que sea, por tanto, pertinente y que no existan otras alternativas para demostrar el hecho concreto, es decir, útil. Además, en el supuesto de la prueba documental anterior al inicio de un

En la actualidad, por tanto, sólo cabe utilizar las medidas coercitivas contenidas en el art. 643 de la LEC para los testigos y queda la duda abierta de qué medidas de coerción pueden utilizarse en el supuesto de reticencia de una de las partes en la producción de documentos requeridos por la otra.

¹¹⁶ Sobre la posibilidad de ordenar el registro domiciliario véase V. CORTES DOMINGUEZ *et al.*, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 153 y ss.

proceso, ajena a nuestro ordenamiento pero no por ello no ejecutable ya que cabe utilizar el cauce de la forma especial (art. 9 del Convenio de 1970), sólo es posible su ejecución si concurren los requisitos dispuesto en el art. 602 de la LEC. Así, en primer lugar, es necesaria la determinación de la transcendencia del material probatorio para la resolución del litigio (pfo. 1º). Y, en segundo lugar, es necesaria una comparecencia personal del tercero poseedor para determinar dicha transcendencia (pfo. 2º). De ello se deduce que, en cualquier caso, es necesaria la concreción de las pretensiones de las partes, o si se quiere, que el procedimiento se haya iniciado, *lato sensu*, y que se identifique con precisión los documentos que deben ser producidos por el tercero. Dichos límites razonables a la prueba documental anticipada deberían, por tanto, ser recogidos en una posible modificación de la reserva absoluta a la ejecución por nuestros tribunales del "pre-trial discovery of documents".

2. Medidas de aseguramiento de prueba.

Después de haber incidido en la función mediata de la prueba, es importante que hagamos algunas consideraciones en relación con la función inmediata de la prueba. Para que sea posible alcanzar los objetivos de convicción judicial de la función mediata es necesario, sobre todo en los supuestos de pruebas situadas en el extranjero, el establecimiento de ciertas garantías que eviten el perjuicio de quien requiere la práctica en el extranjero de una prueba. De otro modo, a las desventajas de los gastos y del tiempo invertidos se añadiría, además, la posibilidad de inoperancia o inutilidad por desaparición o menoscabo de

dicho material probatorio¹¹⁷.

Evidentemente, la prueba anticipada es un medio de aseguramiento de prueba, medio que está incluido en el ámbito de aplicación del Convenio de 1970, como ya vimos. La cuestión es, en primer lugar, cuál es la naturaleza de estos medios de aseguramiento de prueba; en segundo lugar, si existen otros medios de aseguramiento de prueba distintos a la prueba anticipada; y, en este último caso, si éstos tendrían abrigo o no en las disposiciones del texto de 1970 y, en su defecto, conforme a qué norma o normas sería posible su adopción y ejecución.

A. Naturaleza de las medidas de aseguramiento de prueba.

La importancia de la determinación de su naturaleza jurídica, radica, de una parte, en la regulación jurídica que pudiera darle nuestro ordenamiento, y; de otra, en la posibilidad de utilizar ciertos cauces convencionales para la adopción y ejecución de las mismas.

En primer lugar, debemos distinguir las medidas de aseguramiento de prueba de otras figuras próximas que podrían inducir a confusión, concretamente, de la "discovery". Las medidas de aseguramiento de prueba persiguen un fin protector de ciertos materiales que pueden influir en el convencimiento del juez sobre la verdad o certeza de un hecho alegado. Por otra parte, la "discovery" es un medio para conseguir cierto material que, tras atravesar superar el juicio de relevancia ("relevancy

¹¹⁷ Téngase en cuenta que las medidas de aseguramiento de prueba "Tienden a evitar la desaparición, alteración o difuminación, ya sea casual o intencionadamente, de aquellos hechos que resulten objetivamente indispensables para la preparación del proceso". Así, S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares...*, cit., p. 49.

test"), puede llegar a ser una prueba¹¹⁸. A las primeras se les aplican todos los filtros previos de admisibilidad aplicables a las pruebas, mientras que en el segundo caso, estos filtros se aplican *a posteriori*¹¹⁹, lo que incrementa la necesidad de garantías a fin de evitar usos no deseados del material obtenido, como se ha señalado anteriormente.

En segundo lugar, y centrándonos en la naturaleza de las medidas de aseguramiento de prueba, podríamos considerar que las medidas de aseguramiento de prueba son una clase especial de medidas cautelares¹²⁰. Sin embargo, la mayor parte de nuestra doctrina procesalista defiende su más que dudosa naturaleza cautelar¹²¹. La razón de esta exclusión es la falta de un requisito identificador de éstas: la instrumentalidad. Fallaría este requisito porque el fin de las medidas

¹¹⁸ Que el "discovery" se refiera a una fase previa a la existencia de un proceso ("pre-trial discovery") no cambia sustancialmente lo dicho. En ambos casos existe una atribución "inicial" de competencia, por ejemplo, por el hecho de haber asumido el riesgo del proceso a cambio de las ventajas de operar en el mercado norteamericano que desplaza su valoración a un momento posterior.

¹¹⁹ Estas diferencias han dado lugar a la distinción en la doctrina y la jurisprudencia británica a la distinción entre "pruebas directas" y "pruebas indirectas". Recuérdese, en este sentido, la sentencia *Radio Corporation of América v. Rauland Corp. and other*, cit., *supra*.

¹²⁰ Sobre las posibles clasificaciones de las medidas cautelares véase M. P. CALDERON CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, ed. Cívitas, Madrid, 1992, pp. 59 y ss.

¹²¹ A favor de su inclusión, véanse V. FAIREN GUILLEN, "La reforma del proceso cautelar español", en *Temas del ordenamiento procesal*, T.II, ed. Tecnos, Madrid, 1969, p. 899; y F. GARCIMARTIN ALFEREZ, *El régimen...*, cit., p. 57.

También en los ordenamientos alemán y francés van en este mismo sentido de inclusión. Todo ello: a pesar de los problemas que se pueden plantear respecto de la posible utilización del reconocimiento (art. 25 Convenio de Bruselas) en procedimientos en los que no existe contradicción y podrían no ser reconocidos por infringir el orden público (art. 27.1 Convenio de Bruselas).

de aseguramiento de prueba no es garantizar la efectividad del resultado¹²² sino lograr el convencimiento del juez¹²³. Así, a juicio de nuestra doctrina procesalista, para considerar a una actuación judicial como medida cautelar no basta con que concurran algunos de los elemento identificadores de éstas sino que es necesario que se reúnan todos. Esta pureza en la presentación excluye de tal tipificación cautelar, evidentemente, a las medidas de aseguramiento de prueba.

Si esta primera posibilidad no parece viable, tal vez podamos considerar a las medidas de aseguramiento de prueba como pruebas, cuestión indubitada en el caso de que el medio para asegurar la prueba sea la prueba anticipada¹²⁴. Para algún autor el hecho de que uno de los instrumentos para asegurar la prueba sea la anticipación de la misma es razón suficiente para justificar la naturaleza probatoria de estos supuestos¹²⁵. En este caso, la prueba anticipada sería el presupuesto para la adopción de un medio de aseguramiento de prueba¹²⁶. Sin

¹²² Deben diferenciarse las medidas cautelares de las ejecutivas, destinadas a asegurar la ejecución. En este sentido, M.P. CALDERON CUADRADO, *Las medidas cautelares...*, cit., pp. 59 y ss.

¹²³ Véase, M.P. CALDERON CUADRADO, *Las medidas cautelares...*, cit., p. 37. A pesar de lo cual, sí cumpliría este segundo requisito de la instrumentalidad aquella medida de aseguramiento cuando la fórmula empleada fuese la anticipación de la prueba. En este sentido, C. GONZALEZ BEILFUSS, *Nulidad e infracción...*, cit., pp. 177 y ss.

¹²⁴ Sobre la naturaleza probatoria de éstas cuando la medida de aseguramiento de prueba se materializa en una prueba anticipada, véanse S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares...*, cit., p. 48; y C. GONZALEZ BEILFUSS, *Nulidad e infracción...*, cit., p. 180.

¹²⁵ En este sentido, véase S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares...*, cit., p. 48.

¹²⁶ En este sentido, véase art. 1455 pfo. 2º de la LEC, por ejemplo.

Para el supuesto en el que se ejecuta una "discovery" con anterioridad a la adopción de medidas de aseguramiento de prueba o de la ejecución anticipada de la prueba, la respuesta debe ser negativa cuando de perjuicio que pueda producir sea

embargo, esta afirmación requiere de algunas matizaciones.

En primer lugar, la distinción adolece de un excesivo formalismo pues no puede identificarse el principio de prueba para la adopción de medidas de aseguramiento de prueba con la prueba anticipada, que como hemos dicho es, en sí, ya una medida de aseguramiento. El efecto que produciría esta interpretación sería la duplicación de trámites procesales, en lugar de su simplificación en favor de una más efectiva tutela cautelar. Por tanto, debería, en primer lugar solicitarse la constatación la ejecución anticipada de la prueba, para posteriormente requerir la adopción de medidas para su aseguramiento. Tal interpretación parece, en principio incompatible con el fin de evitar una situación de indefensión producida por el mero transcurso del tiempo.

En segundo lugar, quienes defienden esta posibilidad, unida a la finalidad de convicción, olvidan que ésta no es más que una de las manifestaciones de las garantías del material probatorio: las fórmulas que se utilizan para asegurar la prueba se ajustan al medio de prueba que se pretenden guardar. La prueba anticipada suele ser el medio idóneo para proteger la declaración de un testigo que no pueda estar presente en el momento procesal oportuno por razones de edad, desplazamiento, etc. Lo mismo ocurre si es la prueba pericial la que pretende asegurarse, por ejemplo, peritaje sobre bienes perecederos. Tal vez sea conveniente plantearse otras alternativas cuando las pruebas que aspiran a ser tuteladas son las documentales o las de reconocimiento judicial en la que los objetos probatorios pueden ser depositados o puestos bajo

superior a las ventajas. Sin embargo, si el objeto sobre el que debe practicarse la "discovery" está delimitado y existe garantía de que se utilizará para el destino previsto, la respuesta ha de ser afirmativa. En este sentido, véase D. CAPPER, "The Trans-Jurisdictional Effects of Mareva Injunctions", *CJQ*, 1996, p. 222, y la jurisprudencia que cita.

administración judicial, por ejemplo.

En tercer lugar, la posibilidad de producir situaciones de indefensión son distintas en los supuestos de las medidas de aseguramiento y en el de la prueba. En el caso de una medida de aseguramiento, su no adopción cuando concurriesen los presupuestos señalados situaría a la parte afectada fuera de la tutela judicial efectiva porque impediría la corrección de la resolución, incluso, la resolución misma. Por el contrario, si se tratase de la ejecución de la prueba, para que se produzca la situación de indefensión es necesario tener en cuenta, por una parte, que aquélla hubiese sido admitida como pertinente para su defensa y, por otra, que no fuese posible demostrar el hecho alegado por otros medios existiesen otras pruebas que demostrasen el hecho que pretendía probarse. En este caso se protegería la posibilidad de alcanzar la convicción judicial¹²⁷.

Por último, para apoyar esta formulación se utiliza como base para la misma las diligencias de comprobación de hechos. Las diligencias de comprobación de hechos, además de ser una forma de asegurar la prueba cumplen otras funciones. Así dichas diligencias se utilizan para aportar datos sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares y, además, para comprobar si existe fundamento o no para entablar el litigio¹²⁸. Las medidas de aseguramiento de prueba carecen de esta segunda función ya que su único objetivo es evitar que el material probatorio pueda desaparecer o alterarse antes del momento procesal de la práctica de la

¹²⁷ Véanse, entre otras, las Sents. TC 50/82, de 15 julio 1982 (*BOE*, 18 junio, F.j. 4º); 116/83, de 7 diciembre (*BOE*, 11 enero 1984, F.j. 2º); 89/86 cit., (FF.jj. 2º y 3º); 246/94 cit., (FF.jj. 3º y 4º); y Auto TC. 283/82, de 29 septiembre (*BJC*, IV, p. 715 y ss).

¹²⁸ Así, S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares...*, cit., p. 48.

prueba.

Las medidas de aseguramiento de prueba, por tanto, ni son plenamente medidas cautelares, ni son pruebas. Tal vez se trate de un *tertius genus*, una categoría autónoma en la que se fusionen características de ambas¹²⁹. Así, de las medidas cautelares, recogerá los aspectos cuya finalidad sea evitar el riesgo de desaparición el material probatorio. De la prueba, por su parte, integrará los elementos tendentes a lograr la convicción del juzgador. Esta autonomía, además, encuentra apoyos tanto en el derecho comparado como en la jurisprudencia nacional y comunitaria¹³⁰.

B. Medios de aseguramiento de prueba.

Ya hemos señalado los supuestos en los que nuestro ordenamiento prevé la práctica anticipada de la prueba como medio para evitar que se defrauden las opciones probatorias de las partes. También vimos que si bien en un principio y, con carácter general, sólo se establece la prueba anticipada cuando esta se refiere a la prueba testifical, ciertas normas especiales y, por tanto, con un ámbito material limitado, admiten la extensión de la práctica anticipada de la prueba también a otros medios probatorios como el reconocimiento judicial o la prueba pericial.

Si admitimos la posibilidad de que existan medidas de aseguramiento de prueba distintas a la prueba anticipada, los medios de

¹²⁹ La idea de la existencia de este *tertius genus* podría encontrar apoyo en alguno de los convenios bilaterales celebrados por nuestro país. En este sentido, véanse los convenios bilaterales celebrados con Italia, cit., (arts. 12 c) y 19); Checoslovaquia, cit., (art. 23); China, cit., (art. 10); y Bulgaria, cit., (art. 11).

¹³⁰ Véase, en este sentido, las consideraciones al respecto formuladas en el Capítulo III de este trabajo.

aseguramiento habrán de ser distintos según el objeto probatorio. Así, si pretende protegerse documentos o bienes, el medio podría ser la constitución de depósitos judiciales, la puesta en administración de un tercero, o utilizar las diligencias de comprobación de hechos contenidas, en las leyes especiales de patentes (arts. 129 y ss.) y de competencia desleal (art. 24). Por otra parte, si el objeto protegible es la práctica de una prueba testifical, sólo cabe que para evitar el traslado o la ausencia de localización en el momento procesal oportuno se anticipe la declaración testifical que pasa a ser una prueba documental que da fe de aquélla, "pero no menos procesal que la asunción normal del testimonio en el proceso"¹³¹.

C. Regulación de las medidas de aseguramiento de prueba.

Consecuencia de la naturaleza autónoma de las medidas de aseguramiento de prueba es la ausencia de una regulación legal expresa. Sin embargo, por esa misma naturaleza autónoma cabría la utilización de parte de la regulación de las medidas cautelares (arts. 1400 y 1428¹³² LEC), parte de la regulación en materia probatoria, e incluso, cierto apoyo normativo en las diligencias preliminares¹³³. La opción entre cada uno de los aspectos debería tener en cuenta qué aspecto predomina

¹³¹ Así, E. GOMEZ ORBANEJA, "La prueba preconstituída", cit., p. 88.

¹³² Sobre los límites de esta posibilidad en función de la pretensión, véase, por ejemplo, el Auto AP Avila, de 27 octubre 1995 (RGD, 1996, pp. 12663-12664, F. j. 2º).

¹³³ Calificadas las medidas de aseguramiento de prueba como un "pormenor" de las diligencias preliminares. En este sentido, A. de la OLIVA SANTOS, "La prueba: conceptos generales", en *Derecho procesal civil*, vol. II, cit., p. 292.

Contra calificación de diligencia preliminar y denunciando la sistemática utilizada véanse R. SANCHEZ, "Comentario a los arts. 497 y ss. de la LEC", cit., pp. 46 y ss; y V. CORTES DOMINGUEZ *et al.*, *Derecho procesal civil*, cit., p. 154.

en el caso concreto en el que deba adoptarse una medida de aseguramiento de prueba.

a) Adopción de una medida de aseguramiento de prueba¹³⁴.

La adopción de una medida de aseguramiento de prueba, además del problema de su admisión en un ordenamiento, plantea dos posibles hipótesis: la primera se refiere a la competencia para solicitar la adopción de una de tales medidas; la segunda, a la necesidad de requerirla a través de fórmulas de cooperación judicial internacional o, por el contrario, si caben otras alternativas.

La primera condición para la adopción de una medida de aseguramiento de prueba es que reconozcan esta posibilidad tanto el ordenamiento del Estado requirente como el del Estado requerido¹³⁵. Si España actúa como Estado requirente, la competencia para solicitar la adopción de una medida de aseguramiento de prueba al Estado requerido se basa en que el órgano competente para conocer la demanda tiene jurisdicción suficiente para adoptar decisiones sobre las incidencias que deriven del proceso (art. 55 LEC)¹³⁶.

¹³⁴ Véase F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *El régimen...*, cit., pp. 67 y ss. Téngase en cuenta sobre la adopción de las medidas cautelares y el Convenio de La Haya de 1970, V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales...*, cit., pp. 73 y ss.

¹³⁵ Véase, en este sentido, I. SZASZY, *International Civil Procedure...*, cit., p. 285.

¹³⁶ En este mismo sentido, véase, J. HILL, *The Law relating to International Commercial Disputes*, Lloyd's of London Press Ltd, Londres, 1994, p. 560.

Sobre los problemas que la extensión de la jurisdicción plantea, concretamente, en el ordenamiento inglés, la denominada "jurisdicción implícita", téngase en cuenta la Sent. en el asunto Georgios Panayiotou v. Sony Music Entertainment, citada; y nota a la misma N. ANDREWS, cit., pp 247 y ss.

Estos, sin embargo, plantean una cuestión anterior. El ordenamiento británico sólo admite la práctica de una prueba testifical proveniente del extranjero, no de la

Sin embargo, del tenor de la norma debe concluirse, en primer lugar, que los tribunales españoles no pueden adoptar medidas de aseguramiento de prueba sobre objetos situados fuera de nuestro territorio, ya que éstas no han de ser cumplidas en España (art. 22.5 LOPJ)¹³⁷. Sólo pueden, por tanto, resolver sobre la necesidad de su adopción y, para su efectividad, requerir a los órganos judiciales del Estado donde se encuentre material que pretenda asegurarse¹³⁸ a través de canales de cooperación judicial internacional. Para tramitar la petición de adopción de una medida de aseguramiento de prueba nada parece impedir, en principio, la utilización del art. 300 de la LEC, que gracias a su genérica formulación, podría ser utilizado para requerir de las autoridades del lugar de situación la adopción de una medida de aseguramiento de prueba. No obstante, sería conveniente el planteamiento de crear fórmulas propias de transmisión y ejecución para estos supuestos para que estas medidas de protección de la prueba cumplan la función asegurativa que se les atribuye.

La misma solución sería predicable respecto a los supuestos en los que la medida de aseguramiento de prueba estuviera destinada a un proceso futuro ante nuestros tribunales. A este respecto, cabe plantear dos hipótesis: primera, que los tribunales españoles no sean competentes para conocer del fondo; segunda, que los tribunales españoles sean competentes para conocer del fondo. Deben diferenciarse, a su vez, dos

documental, lo que supondría aplicar o no analógicamente la norma citada. La cuestión es, pues, que los tribunales británicos no pueden pedir, aquello que ellos mismos no pueden conceder.

¹³⁷ Sobre la posibilidad de utilizar el art. 24 del Convenio de Bruselas para basar la competencia a fin de adoptar medidas de aseguramiento de prueba, véanse las reflexiones contenidas en el Capítulo III de este trabajo.

¹³⁸ En este sentido, J. HILL, *The Law Relating...*, cit., p. 587.

supuestos, según se trate de una competencia concurrente o exclusiva.

En estos supuestos, el tribunal español ante el que se solicite la adopción de la medida de aseguramiento de prueba deberá hacer un juicio de probabilidad sobre su competencia. Para ello aplicará los mismos criterios que si se interpusiese ante él la demanda. Parece lógico, por tanto, que el asunto en el cual se integre la medida de aseguramiento de prueba tenga alguna conexión con nuestros tribunales (*ex art. 22 LOPJ*). Esta circunstancia excluiría, en principio, la posibilidad de adoptar una medida de aseguramiento de prueba en el caso en el que nuestros tribunales no fuesen competentes conforme a la LOPJ.

Sin embargo, este control de la conexión con nuestro territorio no debe extenderse a la valoración de la competencia del tribunal peticionario de la cooperación¹³⁹, como ocurría en nuestro ordenamiento en el pasado siglo¹⁴⁰. No debe controlarse, por tanto, la competencia salvo que existan otros indicios que permitan al juez

¹³⁹ En el orden convencional, sólo el Convenio bilateral con China prevé como causa de no ejecución de la petición de cooperación la incompetencia del tribunal de origen (art. 5). En el resto de los convenios la incompetencia del tribunal de origen no es causa de denegación de cooperación, incluso en el supuesto de que exista una competencia exclusiva de los tribunales del Estado requerido. En este sentido, véanse los convenios bilaterales con Brasil y con Bulgaria (art. 14, en ambos textos).

En el caso de que fuese aplicable el Convenio de Bruselas, como ya hemos señalado, el art. 24 del Convenio de Bruselas prevé la competencia para la adopción, con independencia de que sea competente, incluso de forma exclusiva, otro Estado parte en el mismo, lo que supone una excepción a lo establecido en el art. 19 del mismo texto.

¹⁴⁰ En nuestra tradición se exigía dar constancia de "los extremos de jurisdicción, y justicia de aquello, que prescribió, y que pretende executar por medio de la auxiliatoria...". Lo que exige una valoración de la competencia del mismo: "ha de examinarse, si el Tribunal, donde la solicita, se halla con inhibición especial de prestarla...". Véase, en este sentido F.A. DE ELIOZONDO, *Practica...*, cit., p. 175.

Véanse, además, Real Orden, de 16 agosto 1852, cit., *supra*; el art. 34 del Real Decreto, de 17 noviembre 1852, de extranjería, cit., *supra*; y art. 1 de la Real Orden, de 12 febrero 1853 sobre exhortos al extranjero, cit., *supra*.

considerar la posibilidad de que el proceso en el que debe integrarse el acto requerido producirá una resolución ejecutable en territorio español. Es decir, algo semejante a lo previsto en el apdo. 2º del art. 278 de la LOPJ. Así, la negativa a la ejecución del acto de cooperación actuaría, este caso, como una advertencia previa para el juez de origen y para las partes, a las que se "aconseja" acudir a los tribunales del Estado requerido para poder satisfacer sus pretensiones.

Por otra parte, en el caso en el que nuestros tribunales fuesen requeridos para la adopción de una medida de aseguramiento de prueba, éstos serían competentes si concurren los requisitos del art. 22.5 LOPJ, es decir, si el objeto o el sujeto sobre el que deba recaer la medida esté situado en España y su cumplimiento haya de producirse en nuestro territorio. Y ello con independencia de que el juez español pudiese ser competente conforme a los foros del art. 22 de la LOPJ.

En la hipótesis en la que el juez español fuese requerido, podrá conforme a lo dispuesto en el art. 22.5 de la LOPJ adoptar y ejecutar una prueba anticipada testifical, si existiese una situación de riesgo de las prevista en el art. 502 de la LEC. Así, el problema se desplazaría de la adopción de la medida de aseguramiento de prueba al establecimiento de una prueba preconstituida, en forma de resolución judicial (art. 1811 LEC) y a los efectos de dicha prueba en el proceso principal.

Una vez que el juez haya determinado su competencia para la adopción de la medida de aseguramiento, la cuestión que se abre es la determinación del cauce que puede darse a estas para supuestos distintos a los previsto en el art. 502 de la LEC. Como ya señalamos, el principal problema de la regulación de las medidas de aseguramiento es su naturaleza mixta y la falta de normativa específica. Ya señalamos las

previsiones de nuestro ordenamiento para la práctica anticipada de la prueba como una de las medidas de aseguramiento. Quedaría abierto, pues, la protección de un riesgo inminente sobre el material probatorio excluido de la práctica anticipada. Así, en el caso en el que predomine la vertiente cautelar de dichas medidas, tal vez, fuese posible la adopción de una medida cautelar para evitar su desaparición o modificación.

Analicemos la posibilidad de aplicar a las medidas de protección de la prueba las denominadas "medidas cautelares innominadas" contenidas en el art. 1428 de la LEC. El primer obstáculo que nos encontramos se encuentra en el hecho de que por genéricas que sean sus posibles concreciones no lo es su objeto, que se circunscribe a la efectividad de la sentencia y no a la regularidad en la adopción de la misma.

Pensemos, sin embargo, que por "efectividad" no sólo cabe entender que la ejecución de la resolución judicial sea posible. También es efectiva la resolución judicial cuando es ejecutable, es decir, cuando no presenta defectos formales o materiales que la impidan desplegar plenamente sus efectos. Si en el proceso, a pesar de la existencia de un riesgo no se han podido adoptar las medidas apropiadas para evitar que una de las partes se viese privada de una prueba, la resolución que concluye el proceso podría no ser efectiva. Así tal vez sea conveniente, en defecto de una regulación específica, tener en cuenta que una resolución es efectiva cuando ha sido regularmente adoptada, y, por consiguiente, la aplicación de las medidas cautelares innominadas de la LEC.

Para adoptar una medida de aseguramiento de prueba, cuando sea el aspecto cautelar el que predomine, deben concurrir los presupuestos

de todas las medidas cautelares, es decir, la existencia de un *periculum in mora* y de un *fumus boni iuri*. Además, quien solicita la adopción de la medida de aseguramiento de prueba deberá demostrar:

- que la medida de aseguramiento de prueba tiene por objeto la protección del material probatorio, hasta su práctica en el momento procesal oportuno y que no se utiliza como vía alternativa al proceso ("fishing expedition");
- que no exista alternativa para la prueba que pretende protegerse, es decir, ha de tratarse de una prueba pertinente y útil¹⁴¹, que se determinará de los datos que se aporten para su solicitud, y que, de no adoptarse podría producir una situación de indefensión constitucionalmente protegible; y
- que el interés protegible con la medida de aseguramiento de prueba sea proporcional con los perjuicios que pueden ocasionar al "afectado", que puede ser un tercero¹⁴².

Cuestión distinta es la que se plantea cuando se acude directamente al tribunal del Estado requerido para que este adopte una medida de aseguramiento de prueba que después podrá integrarse en el material probatorio del litigio en el Estado requirente. Generalmente, esta opción será la utilizada por las partes para evitar un la alteración o la

¹⁴¹ En este sentido, véase la Sent. TC 87/92, de 8 junio 1992 (BOE, 1 julio, F.j. 2º), lo que supondría la violación del art. 24.2º CE y la protección del amparo constitucional.

¹⁴² Ténganse en cuenta el art. 603 de la LEC, en el que se limita la posibilidad de que el afectado sea un tercero si los documentos resultan transcendentes a los fines de dictar sentencia, que se fija en una comparecencia personal previa del propietario (poseedor, depositario...) de los documentos; y el art. 32 del Código de Comercio en el que sólo se exige la exhibición de los documentos "cuando la persona a que pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto...".

Esta garantía es común a la mayor parte de los ordenamientos de nuestro entorno. En este sentido, entre otros, véanse B.C. CAIRNS, "Discovery and Preservation...", cit., pp. 309 y ss., para el sistema inglés; para el alemán, entre otros, CH. ALBRECHT, *Das EuGVü...*, cit., p. 167; o para el italiano A.G. MOCHY ONORY, "La convenzione sulla assunzione...", cit., pp. 31 y ss.

modificación del objeto probatorio. Por el contrario, si interviene en un órgano judicial el que requiere la adopción de una medida de aseguramiento, cabrán dos opciones según se haya iniciado o no un proceso. Por una parte, siempre que su ordenamiento así se lo permita, a través de un procedimiento incidental, anterior al inicio de un litigio y que, necesariamente, no va dirigido a la celebración de un proceso en el que se resuelva sobre el fondo del asunto. La cuestión, en este caso, será el valor en el Estado donde se celebre el proceso de la resolución adoptada en el Estado de situación del objeto probatorio, cuestión a la que nos hemos referido en relación al Convenio de Bruselas, donde se utilizará la vía del reconocimiento de la resolución¹⁴³.

Sólo es posible plantear la hipótesis del reconocimiento en el caso de que sea aplicable el Convenio de Bruselas. No en balde nuestro ordenamiento sólo prevé el reconocimiento y la ejecución de sentencias firmes, mientras que en el Convenio de Bruselas basta con que sean resoluciones definitivas.

b) Ejecución de las medidas de aseguramiento de prueba.

La ejecución de las medidas de aseguramiento de prueba es una cuestión que se plantea en el supuesto en el que no se utilicen los cauces de la cooperación judicial para la adopción de una medida de aseguramiento de prueba. Así, surgirá la cuestión de la ejecución de dichas medidas bien en el supuesto en el que los tribunales del Estado requerido desarrollen cierta actividad para evitar la desaparición o alteración de cierto material probatorio situado en su territorio. Del

¹⁴³ En este sentido, recuérdese la Sent. Juzgado 1ª Instan. de Vitoria-Gasteiz, 17 marzo 1993, citada anteriormente.

mismo modo se planteará esta cuestión de la ejecución de dichas resoluciones si el juez español adopte una medida de aseguramiento de prueba y utilice la vía del reconocimiento para su efectividad¹⁴⁴.

Si el Estado de situación del material probatorio ha obrado para proteger el material probatorio, cabrán dos hipótesis: la primera, que para ello lo que haya arbitrado es la práctica anticipada de la prueba; y, la segunda, que se haya limitado a establecer ciertas garantías para evitar la desaparición del material probatorio.

En el primer caso, si la prueba practicada ha de surtir efectos en un proceso ante los tribunales españoles, la cuestión ha de reconducirse a la eficacia de un documento público extranjero, en este caso una resolución judicial, en un proceso ante nuestros tribunales. Será, por tanto, no una cuestión en la que se apliquen las disposiciones en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones (arts. 952 y ss. LEC o art. 25 Convenio de Bruselas) sino las relativas a la validez y eficacia de dichos documentos (arts. 600 y 601 LEC).

Es en el segundo supuesto donde, de nuevo, se plantearía una cuestión abarcada en el capítulo anterior de este trabajo relativa a la posibilidad o no de incluir en el concepto "resoluciones" del art. 25 del Convenio de Bruselas aquéllas que tienen por objeto resoluciones puramente procesales, o en nuestro caso, probatorias. En el supuesto de que no fuese aplicable el citado precepto, no existe cauce en nuestra legislación que permita ejecutar resoluciones interlocutorias extranjeras. Tampoco es posible utilizar esta opción por nuestros tribunales ya que

¹⁴⁴ En este sentido C. GONZALEZ BEILFUSS, *Nulidad e infracción...*, cit., pp. 181-182.

para que sea ejecutable una resolución se exige como presupuesto que lo sea según la *lex fori* del Estado de origen (art. 31 Convenio de Bruselas). En nuestro caso, ya señalamos que dicha resolución se contiene en un Auto al que nuestro ordenamiento no le reconoce aquella capacidad de ejecución¹⁴⁵.

IV. Localización espacial del material probatorio. Lugar de la práctica de la prueba.

La doctrina alemana, tal vez, por influencia de la jurisprudencia norteamericana en relación con la prueba en el extranjero distingue dos supuestos cuando aquélla tiene una conexión con el extranjero: según sea aportada desde el extranjero ("*Beweisbeschaffung aus dem Ausland*") o deba practicarse en el extranjero ("*Beweisaufnahme im Ausland*")¹⁴⁶. Mientras que en el primer caso la situación en el Estado requerido no supone la ejecución de la prueba pues cabe su traslado y ejecución ante el tribunal del Estado requirente que conoce del proceso donde deberá integrarse la prueba obtenida, en el segundo caso, la situación sí lleva aparejada la ejecución.

La razón de esta distinción de supuestos se encuentra, a nuestro juicio, en la influencia directa que la práctica de los tribunales estadounidenses ejerce sobre las cuestiones referidas a la práctica de prueba en el extranjero. Así, encontramos esta distinción en la jurisprudencia norteamericana en la que se afrontan los problemas de relación del Convenio de 1970 y el ordenamiento autónomo, es decir, la

¹⁴⁵ Véase, en este mismo sentido, I. SZASZY, *International Civil Procedure...*, cit., p. 285.

¹⁴⁶ En este sentido, D. LEIPOLD, *Lex fori...*, cit., pp. 41 y ss.

exclusividad, preferencia o alternatividad de aquél sobre éste. Este condicionante dificulta la asunción de la distinción, *a priori*, para los Estados que parten de la exclusividad del texto de La Haya, o en última instancia, de su aplicación prioritaria frente a las regulaciones autónomas.

Sin embargo, es cierto que la propuesta resulta atractiva porque supone introducir elementos que la cooperación judicial internacional tradicional de los Estados de derecho civil, en principio, no admitiría. De este modo, introduciremos en nuestros planteamientos cuestiones como la intervención de la voluntad en la práctica de la prueba, o si se quiere, la consideración de los intereses privados en el proceso frente al monopolio de los intereses públicos que tradicionalmente tutelan el proceso. Incorporar estas cuestiones a la reflexión no deben, necesariamente, suponer un menoscabo o el desconocimiento de principios fundamentales del proceso, sino todo lo contrario. Así, por ejemplo, el traslado del material probatorio al Estado requirente reforzaría la protección del principio de inmediación. Se evitaría, además, los problemas derivados de la traducción, de la aplicación de distintos ordenamiento a las diferentes actuaciones judiciales, etc.

No obstante, el atractivo se ve considerablemente menguado cuando todos estos alicientes se compatibilizan con la territorialidad y la soberanía del Estado requerido gracias a la incorporación de vías para la práctica de la prueba por agentes diplomáticos o consulares y por comisarios, a las que nos referiremos más adelante.

1. Prueba aportada desde el extranjero.

Ya hemos adelantado que en este caso se entiende que la localización de la prueba no es suficiente para utilizar los canales de la

cooperación judicial internacional, si se añade a ello la posibilidad del traslado voluntario de la parte, del testigo o del poseedor de los documentos requeridos, incluso cuando exista una norma de derecho público¹⁴⁷ que impediría la práctica de la prueba en el Estado requerido y que se eludiría con esta posibilidad, que "neutraliza" el elemento extranjero y convierte la práctica de la prueba en un supuesto plenamente interno¹⁴⁸.

Esta posibilidad se limita a los supuestos en los cuales la prueba sea "transportable", como es el caso de la prueba testifical, de confesión o documental, pues cuando no lo es necesariamente debe practicarse en el Estado requerido, como es el caso de la prueba pericial. Esto añade un nuevo problema cuando admitimos, también en este caso, la voluntariedad, por ejemplo, del que permite el acceso a los archivos o a las instalaciones de una determinada empresa. En este caso, lo que se arguye es que, en realidad, no se ha practicado una prueba, lo que sólo puede hacerse por el juez, sino que la actuación se ha limitado a la

¹⁴⁷ Como ocurre en el caso de las leyes de bloqueo, tradicionalmente de elaboración nacional, y a las que nos referiremos más adelante.

¹⁴⁸ Véanse, entre otras, las Sentencias norteamericanas en los asuntos *Graco Inc. v. Kremlin Inc. et al.*; *In re Messerschmidt Bolhm*; *Rockwell International Corporation c. Construzioni Aeronautiche Giovanni Agusta, SPA et. SNFA*, citadas, entre otras.

Todas estas sentencias se refieren a la ficción geográfica, a la que ya nos hemos referido, utilizada por los tribunales norteamericanos para no utilizar el Convenio de La Haya en los supuestos en los que quienes están requeridos para la aportación de la prueba están sometidos directa o indirectamente a los tribunales estadounidenses. Además, en alguna de ellas, como ya vimos, el mecanismo de obtención del material probatorio ("discovery") se diferencia del resultado probatorio que se obtenga como un refuerzo para la no aplicación del citado Convenio.

Téngase en cuenta, además la Sent. Court of Illinois, First District, de 25 junio 1988, en el asunto *Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Schlunk, ILM*, 1988, pp. 1092 y ss. En esta sentencia se evitaba la aplicación del Convenio de La Haya de 1965 porque, existía "personal jurisdiction" de los tribunales norteamericanos sobre la filial de la empresa alemana a la que, además, se la consideraba como "representante involuntario" de la empresa matriz, por lo que la notificación no tenía el elemento de extrajurisdicción necesario para la aplicación del citado Convenio.

recolección puramente técnica de información para elaborar la prueba que, finalmente, se practicará en el Estado requirente¹⁴⁹.

2. Prueba ejecutada en el extranjero.

A diferencia del supuesto anterior, aquí se parte de la posibilidad de que el Estado requerido pueda tener algún interés sobre el material probatorio situado en su territorio, lo que constituye el presupuesto de la cooperación judicial internacional.

No son, sin embargo, homogéneos los supuestos que pueden darse cuando la prueba se ejecuta en el extranjero. Cabe, en primer lugar, que sea el juez del Estado requirente quien impulse la práctica de prueba en el extranjero. Para ello, bien remitirá al juez del Estado requerido una comisión rogatoria; bien, si su ley y la del Estado requerido lo permiten, podrá requerir a sus agentes diplomáticos o consulares en el Estado requerido la práctica de la prueba cuando el requerido sea nacional del Estado requirente, salvo que exista convenio o declaración del Estado requerido de extensión de este supuesto a sus nacionales o a nacionales de terceros Estados; o bien podrá, cuando así lo prevea un convenio, utilizar la vía de los comisarios. A todos estos supuestos nos referiremos más adelante.

Es posible, en segundo lugar, que la iniciativa de la práctica de la prueba parta del juez del Estado requerido porque exista alguna circunstancia que considere pertinente a fin de practicar una prueba con anterioridad al inicio de un proceso. Es el supuesto de la prueba

¹⁴⁹ Véase la sentencia francesa en el asunto *Soc. Luxgard c. Soc. Sitracco et al.*, citada anteriormente.

anticipada. La forma que reviste esta prueba anticipada será la de una resolución judicial del Estado requerido. A diferencia de los supuestos anteriores en los que el juez del Estado requirente asume, con los problemas que veremos, lo obtenido en el Estado requerido, en este caso, el juez del Estado requirente se enfrenta a una resolución judicial extranjera, que para que produzca efectos en el Estado requirente debe ser reconocida. En este caso, la cuestión que nos planteamos se desplazaría de la cooperación judicial internacional *stricto sensu*, a la cooperación judicial internacional *lato sensu*, es decir, a la cooperación en la realización de la justicia.

Por último, cabe que la iniciativa en la ejecución de la prueba provenga de una de las partes interesadas. Antes de iniciar el proceso, una de las partes prepara las pruebas que va a utilizar en el proceso. Si éstas se encuentran en el extranjero y ante el conocimiento de la lentitud y los gastos o ante la posibilidad de que sea rechazada, la parte puede optar por la preconstitución de la prueba, es decir, de la documentalización de la misma a fin de aportarla en el momento de la presentación de la demanda, para agilizar la resolución del litigio, o, incluso, como presupuesto para poder presentar aquélla, pensemos en una prueba pericial practicada *ex parte* que asegure la existencia de un incumplimiento contractual por deficiencias técnicas, por ejemplo.

CAPITULO V

LAS COMISIONES ROGATORIAS Y OTRAS VIAS PARTICULARES PARA LA OBTENCION DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO SEGUN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1970

I. Introducción.

Como ya hemos señalado, el Convenio de La Haya de 1970 no sólo recoge la vía tradicional de la comisión rogatoria para la obtención de prueba en el extranjero, así como las posteriores incorporaciones de la práctica de la prueba por agentes diplomáticos y consulares, a partir del texto de La Haya de 1905. Además de esta vías propias de los países de derecho continental, el texto de 1970 se integra por otras vías de obtención de prueba provenientes de la tradición del "common law", como es el caso de la prueba practicada por comisarios¹.

Con estas opciones, el Convenio pretende abarcar la mayor parte de supuestos para su aplicación a fin de lograr conjugar, en la medida de lo posible, la tolerancia para el Estado requerido y la utilidad para quien debe incorporarlo a un proceso pendiente ante los tribunales del Estado requirente. Para ello, la prueba practicada por agentes diplomáticos y consulares y la ejecutada por comisarios se ha dotado de las suficientes garantías para generar confianza en los que no utilizan ordinariamente estas vías, así como para permitir, al mismo tiempo, la máxima utilidad en el proceso en el Estado requirente. El reforzamiento de las garantías

¹ La importancia de esta coexistencia de tradiciones jurídicas diversas no sólo se manifiesta en el hecho de que el Convenio de considere un puente entre estas distintas concepciones sino que, además, supone la introducción de instituciones desconocidas en el ordenamiento propio, circunstancia que puede ser utilizada por el legislador nacional para innovar su régimen de cooperación judicial internacional, como veremos más adelante.

de dichos cauces probatorios supondrá, además, mejora en las expectativas del peticionario de la prueba ya que podrá optimizar el apoyo a sus pretensiones, así como reducir los gastos y acortar el tiempo que transcurra en la tramitación y en la ejecución de la prueba en el extranjero.

Sin embargo, estas vías no son la únicas que recoge el Convenio. Así, en virtud del art. 27 apartado c) del Convenio de La Haya de 1970 se incorporan a su texto aquellas disposiciones nacionales del Estado requerido que permitan medios de prueba distintos a los previstos en el Convenio, siempre que dichos medios sean más beneficiosos a los objetivos convencionales².

² Entre otras se cita:

- la posibilidad de que el abogado de una de las partes pueda viajar al domicilio, en el extranjero, de un testigo voluntario y que un funcionario local dé fe y recoja el testimonio en audio o video, siempre que para el Estado requerido este medio de prueba sea válido;
- la posibilidad de un abogado local pueda "ejecutar" una prueba que deba incorporarse a un proceso extranjero, cuando ésta sea voluntariamente admitida por el sujeto requerido, bien para que testifique, bien para que aporte documentos, lo que abaratará costes respecto al anterior;
- la posibilidad de que la parte o su abogado junto a un perito inspeccionen, examinen, etc., el objeto de la prueba, siempre que medie el consentimiento propietario y siempre que el Estado requerido lo admita;
- o, por último, la posibilidad de designar como comisarios a los jueces del Estado requirente que conocen del proceso en el que deberá integrarse la prueba.

En este sentido, Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 215.

No obstante, recordemos, estos supuestos especiales hacen referencia a la ejecución de la petición de prueba en el extranjero. Cabe, además, que el Estado requerido declare la admisión de vías para transmitir las comisiones rogatorias distintas a la remisión a través de las Autoridades Centrales (art. 27, a)). Del mismo modo, el Estado requerido puede permitir la ejecución de la petición de prueba en condiciones menos restrictivas que las formuladas en el Convenio (art. 27, b)). Pero, en cualquier caso, la base para estas flexibilizaciones es el propio Convenio.

El Convenio establece el modo en el que deben relacionarse las vías propuestas. Primeramente podrá intentarse la obtención de prueba a través de los agentes diplomáticos o consulares o de los comisarios, excepto en los supuestos en los que se haya reservado³ o se haya limitado⁴ en las que no cabe coerción por los ejecutantes sino que, en su caso, deberán solicitar la colaboración de los tribunales del Estado requerido (art. 18)⁵. No obstante, los sujetos requeridos podrán negarse a la intervención en la práctica de la prueba por estos medios. Así, si no fuese posible la práctica de la prueba requerida a través de estos cauces, posteriormente podrá solicitarse la práctica de la prueba a través de la expedición de una comisión rogatoria (art. 22 Convenio de 1970).

Si bien existe este doble nivel en el uso de las vías previstas por el Convenio de La Haya de 1970 para la obtención de prueba, ésta se reduce cuando se trata de la ejecución de "otras actuaciones judiciales" en el extranjero, supuesto para el que sólo cabe utilizar la vía de las comisiones rogatorias, siempre que éstas sean el medio adecuado para su transmisión y ejecución⁶.

³ El único Estado parte que ha reservado el Capítulo II del Convenio ha sido Argentina. Por su parte, Méjico y Venezuela han excluido la práctica de prueba por comisarios.

Por otra parte, algunos países han condicionado su aplicación a la condición de reciprocidad (Eslovaquia) o a la concurrencia de ciertas circunstancias (Francia, Luxemburgo y Mónaco).

⁴ Como es el caso de Alemania que excluye la prueba por agentes diplomáticos si se trata de nacionales alemanes.

⁵ En nuestro ordenamiento, por ejemplo, véase el art. 643 de la LEC, para el caso de testigos, en el que se prevé, entre otras, la conducción por la fuerza pública.

⁶ En este sentido, D. McCLEAN, *The Hague Conventions...*, cit., p. 30.

II. Consideración particular de las diferentes vías de obtención de prueba en el extranjero según el Convenio de La Haya de 1970.

1. La utilización de las Comisiones rogatorias en el Convenio de 1970. La práctica de la prueba requerida a través de las comisiones rogatorias.

Con carácter previo al análisis de la cuestión relativa a la práctica de la prueba requerida a través de una comisión rogatoria, conforme al concepto utilizado en el Convenio, debe considerarse el hecho de que éste también se aplica a los supuestos en los que el contenido de la comisión rogatoria es la ejecución de "otras actuaciones judiciales", siempre que la comisión rogatoria sea el medio adecuado para tal realización. Así pues, la cuestión que se plantea es determinar a qué actuaciones judiciales, distintas de la obtención de prueba podrán ejecutarse a través de los cauces establecidos por el Convenio de 1970.

El primer obstáculo al que nos enfrentamos, de nuevo, son las divergencias entre los textos inglés y francés del Convenio⁷. Como ya hemos apuntado, una de las dificultades con las que nos encontramos a la hora de definir el objeto del Convenio de La Haya, tanto para la prueba como para el caso que nos ocupa, es la diferencia existente entre los textos auténticos del mismo. Así, mientras que el texto inglés se refiere a "other judicial act", en el que se refleja una tendencia que

⁷ Divergencia que según el texto de 1970, se debería resolver por la vía diplomática (art. 36). No obstante, también sería posible alcanzar un cierto consenso a través de las Comisiones especiales. Así, no sólo se solucionaría un problema bilateral de interpretación sino que, además, se establecerían directrices generales que evitarían problemas ulteriores.

pugnaba por la limitación a la prueba⁸, el texto francés utiliza la referencia a "autres actes judiciaires", en la que se pone de manifiesto una tendencia más liberal, defendida en los textos anteriores y en la que se sitúan los países de derecho continental.

A fin de proporcionar ciertos perfiles sobre el contenido de estas actuaciones, en el Informe explicativo del Convenio de La Haya se señalaba la posibilidad del uso de las comisiones rogatorias a fin de ejecutar esas "otras actuaciones judiciales" a los supuestos de expedición certificados de nacimiento, la obtención de extractos de archivo público, el nombramiento de administradores, o la constitución por el demandado de depósito o fianza para un proceso futuro en favor del demandante⁹. A estas actuaciones, la Comisión especial de 1989 añadió su uso para obtener el consentimiento necesario para contraer matrimonio¹⁰.

⁸ Véase, en este sentido L. COLLINS, "The Hague Convention...", cit., p. 304.

Esta interpretación "restrictiva" se escudaba en el riesgo que suponía la ampliación del objeto de las comisiones rogatorias que permitirían a los extranjeros el acceso a la información de interés nacional, así como la invasión sobre prerrogativas de la justicia local. En este sentido, véase P. GOUGENHEIM, "Convention...", cit., p. 319.

⁹ Véase Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 203.

¹⁰ Cuando la autoridad celebrante en el Estado requirente es una autoridad judicial y, por la existencia de circunstancias especiales quepa el consentimiento ante autoridad extranjera esta opción sería válida en consideración a la Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, de 10 diciembre 1962 (BOE, 29 mayo 1969, art. 1).

Pueden añadirse, además, la práctica de pruebas hematológicas de paternidad, el aseguramiento de bienes, la venta forzosa, o conciliación en procesos matrimoniales, siempre que el ordenamiento autónomo lo admita. Véase, en este sentido, D. McCLEAN, *The Hague Conventions...*, cit., p. 30.

El supuesto de la inclusión del aseguramiento de bienes dentro de las "otras actuaciones judiciales" es lo que permitiría la inclusión en el Convenio de 1970 de las medidas de aseguramiento de prueba, a lo que nos referimos en el Capítulo anterior.

En lo referente al derecho español, se ha promovido la utilización de la comisión rogatoria, entre otras diligencia de instrucción, para la compulsa de documentos y para la ejecución de cualquier acto de instrucción. Véanse,

Una vez limitada la aplicación del Convenio a las cuestiones civiles y mercantiles, definida la prueba y las "otras actuaciones judiciales", determinado temporalmente cuándo se puede utilizar, es necesario tener en cuenta otras condiciones que deben concurrir para la aplicación del Convenio, ya que ésta no es automática¹¹. Así es necesario, en primer lugar, que la práctica de la prueba o de otra diligencia se trate de una actuación judicial conforme a lo dispuesto por la legislación del Estado requirente ¹² ; en segundo lugar, se precisa que dicha actuación se encuentre dentro de las atribuciones del poder judicial conforme a la *lex loci executionis* (art. 12, a))¹³; en tercer lugar, la

respectivamente, E. de FERRATER Y JANER, *Código...*, cit., p. 275; y E. BRAVO, *Derecho internacional privado...*, cit., p. 128.

¹¹ En este sentido, "Informe de la Comisión Especial 1968", *Actes et Documents de la onzième session...*, cit., p. 57.

¹² Conforme a nuestra legislación, la actuación del juez español encargado del Registro Civil no se considera judicial sino extrajudicial dictado por una autoridad judicial (ex. art. 96 RRC). Puesto que en este caso fallaría la naturaleza judicial del acto, no será de aplicación el Convenio de La Haya de 1970 para estos supuestos sino que habrán de utilizarse los convenios específicos en materia registral. En este sentido, téngase en cuenta, el Convenio relativo al intercambio de información en materia civil hecho en Estambul, de 1956 y su protocolo adicional hecho en Patrás, de 1989 (BOE, 21 julio 1994; corr.de err., 22 julio) que prevé la comunicación directa y obligatoria cuando el hecho inscribible afecte a un nacional del Estado requerido (art. 1) y una comunicación indirecta y facultativa mediante la vía diplomática.

Otra posibilidad admisible es la utilización del Convenio de La Haya de 1965 sobre notificación para la transmisión de información registral, pues, en nuestro caso, se trata de un documento extrajudicial que emana de una autoridad judicial (art. 17).

Sobre la posibilidad de utilizar las comisiones rogatorias por autoridades no judiciales, véase M.A. VICENTE MARTINEZ, "Comisiones rogatorias extrajudiciales", *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 11-12, 1991, pp. 429 y ss (esp. p. 433 donde cita la RDGRN de 13 julio 1956).

¹³ Recuérdese la Sent. Hof Raad, de 26 febrero 1986, en el asunto Arcalon BV v. Ramar BV, *ILM*, 1989, pp. 1577-1583.

La citada sentencia se refiere a un procedimiento sobre quiebra. En el mismo, el órgano encargado de elaborar el inventario, que conforme a la *lex fori originis* tiene naturaleza cuasijudicial, requiere a las autoridades judiciales holandesas para la práctica de ciertas pruebas necesarias para continuar con la actividad que le fue encomendada.

Los tribunales holandeses rechazan, en primera instancia, dicha petición por considerar que proviene de una autoridad que, conforme a la legislación holandesa,

diligencia judicial requerida no debe encontrarse dentro de las exclusiones (notificación y las medidas de conservación o ejecución (art. 1º último párrafo); y, en cuarto y último lugar, es necesario que dicha actuación se encuentre dentro de los límites del derecho procesal y material autónomo de la *lex loci executionis* (art. 12, a)). Estas condiciones, además, deben darse cumulativamente para evitar una extensión irrazonable del Convenio¹⁴. En efecto, a nuestro juicio, el espíritu liberal y dinámico de este texto no debe confundirse con una cláusula abierta que permita la inclusión de actuaciones que podrían desnaturalizar los objetivos del mismo.

Determinados los supuestos a los que es de aplicación el Convenio de La Haya, es necesario proceder al análisis de los mecanismos convencionales conducentes a la ejecución de una prueba en el extranjero. Para ello, evidentemente, y una vez descartadas las consideraciones del derecho del Estado requirente, el primer paso será el de la transmisión de la petición del Estado requirente al Estado requerido.

En segundo lugar, para que se activen los mecanismos convencionales, es necesario que la petición aporte un contenido mínimo que cumplen un triple cometido. Por una parte, el contenido mínimo sirve para controlar, por parte de las autoridades requirentes, el

no es judicial. Faltaría, por tanto, el requisito de "judicial" exigido en el art. 1.1º del Convenio como presupuesto para su aplicación.

Sobre la calificación véase, además, la sentencia británica en el asunto *In re the State of Norway*, cit., *supra*, referida a la naturaleza civil o mercantil de la petición. Téngase en cuenta para ambas cuestiones, D. McCLEAN, *International Judicial...*, cit., pp. 37 y ss.

¹⁴ En este mismo sentido, Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 203.

cumplimiento de requisitos formales que, en su defecto, provocarán el fracaso de la petición y que pueden subsanarse antes de la transmisión.

Por otra parte, dicho contenido sirve para valorar la compatibilidad de la petición con el ordenamiento del Estado requerido y, por tanto, de su ejecutabilidad o no. Y, por último, el contenido mínimo de la petición sirve para perfilar los intereses del Estado requirente a fin de que la prueba ejecutada en el extranjero sea útil al proceso ante sus tribunales.

En tercer lugar, la cuestión que se nos plantea se refiere a las causas de exclusión de la ejecución por parte del Estado requerido. Para que estas causas sean compatibles con los objetivos del Convenio, se establecen con carácter tasado y, además, se permite, según los casos, su subsanación. Y, por último, se plantea la cuestión del derecho que regirá la práctica de la prueba en el extranjero, cuestión sobre la volveremos más adelante.

A. Transmisión de la comisión rogatoria. Contenido de la petición de cooperación para la obtención de pruebas en el extranjero. Requisitos formales de la petición.

Salvo que el Estado requerido haya declarado la admisión de medios de transmisión de la comisión rogatoria distintos al previsto en el art. 2 del Convenio de La Haya de 1970, conforme a lo previsto en el art. 27 del mismo texto¹⁵, o que exista un acuerdo bilateral en el que se prevean esos otros medios de transmisión como puede ser la vía

¹⁵ Véase, Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., pp. 205 y 215.

directa¹⁶, la transmisión de la comisión rogatoria se realizará a través de la intervención de las Autoridades Centrales.

La intervención de las Autoridades Centrales, sin embargo, no debe entenderse como la necesidad de que quien transmita la petición de cooperación sea la Autoridad Central del Estado requirente y de quien reciba la petición sea la Autoridad Central del Estado requerido. El texto de La Haya sólo se refiere a este último extremo puesto que la cuestión del órgano encargado de la transmisión en el Estado requirente es una cuestión puramente interna y considerada irrelevante a los efectos convencionales¹⁷.

La intervención de la Autoridad Central del Estado requerido no es puramente pasiva, de mera recepción. Por el contrario, la Autoridad Central realiza un primer control de los requisitos formales de la petición, de la concurrencia de los contenidos mínimos de la de incorporar la petición¹⁸. Así, nada impediría la transmisión directa del juez peticionario siempre que el receptor sea la Autoridad Central del Estado requerido y que esta transmisión no podrá ser causa de rechazo

¹⁶ Téngase en cuenta, en este sentido, lo preceptuado por el art. 9, último párrafo del Convenio de La Haya de 1954 en el que se admite el establecimiento de esta posibilidad a través de convenios bilaterales adicionales. En los supuestos en los que se haya ejercido esta posibilidad, seguirá siendo aplicable en virtud a lo dispuesto en el art. 31 del Convenio de 1970 que proclama la vigencia de aquellos convenios adicionales.

Además, recuérdese que el art. 4 de la Convención de Panamá establece la posibilidad de la transmisión directa del interesado al órgano competente para la ejecución.

¹⁷ Recuérdese, que en para nuestro ordenamiento la vía de transmisión de las peticiones de cooperación varían según se utilice la transmisión por la vía judicial (art. 276 LOPJ), por la vía consular o diplomática (art. 300 LEC) o, cuando lo permitan los convenios internacionales, la vía directa (art. 276, *in fine* LOPJ).

¹⁸ Véase, en este sentido, H. NAGEL, "Richterliche Unabhängigkeit und Justizverwaltung bei der internationalen Rechtshilfe", *IPrax*, 1984, p. 240.

de la misma, incluso cuando aquélla se haya realizado sin respetar las normas internas de transmisión del Estado requirente¹⁹.

La inclusión de un contenido mínimo que debe incorporar la petición para la práctica de prueba no es una novedad introducida por el texto de 1970, a pesar de que sí lo es el modo de enfrentarse a éste. Así, la necesidad del contenido mínimo ya se afrontaba en el Convenio de La Haya de 1954, si bien para su concreción era necesaria la concurrencia de los ordenamiento nacionales (art. 8), lo que planteaba no pocos problemas. Para solucionar la dispersión en cuanto a este contenido que suponía la remisión a los derecho autónomos, se acudía a la formulación de reglas "uniformes" contenidas en los acuerdos adicionales.

Por una parte, el Convenio de 1970, más ambicioso que el anterior, establece reglas de juego generales mínimas (art. 3). Este contenido mínimo puede ser flexibilizado o aumentado a través de convenios bilaterales a fin de optimizar los recursos del Convenio para alcanzar los objetivos convencionales. Sin embargo, en ningún caso podrán reducirse, pues tiene un carácter de mínimo común irrenunciable. Así, la formulación de unas condiciones uniformes reduce la posibilidad de rechazos basados en aspectos formales y agiliza la ejecución.

Por otra parte, este contenido mínimo de la petición sustituye a la falta de acuerdo para elaborar un "formulario modelo", similar al de los Convenios de 1965 y 1980, que simplificaría y agilizaría, aún más, la

¹⁹ Véanse, "Informe Comisión especial 1968", *Actes et Documents de la onzième session...*, cit., p. 58; y Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 204.

tramitación y la devolución de la prueba²⁰. Sin embargo, la Comisión especial de 1985 propuso utilizar como formulario modelo "recomendado" para las peticiones en materia de obtención de prueba el contenido en uno de los Protocolos a los Convenios procesales de la CIDIP²¹.

El contenido mínimo tiene como objetivo que la petición contenga los elementos considerados suficientes para identificar los intervinientes (partes, órganos requirente y requerido²², la relación del material solicitado con el proceso pendiente o futuro en el Estado requirente, que se concreta, además, en una breve reseña del pleito²³). Debe contener, igualmente, qué medio de prueba debe ejecutarse. Dependiendo de éste, también deberán aportarse otros datos como la identidad y localización de los testigos, las preguntas que se les deben plantear, las fórmulas que deben ser utilizadas en la declaración (juramento o no), así como las excepciones a testificar del art. 11. Si se trata de la petición de la práctica de una prueba documental será necesaria, también, la

²⁰ La utilidad de esta fórmula del formulario modelo ha conducido a su incorporación a convenios bilaterales entre España y Estados que no son parte del texto de 1970. Véase, en este sentido, el convenio bilateral con Brasil (art. 4) así como el convenio bilateral con China (art. 11).

²¹ Véase el citado formulario en *ILM*, 1985, pp. 1681 y ss.

²² Sin que sea necesaria la absoluta precisión en la designación pues tanto en el régimen convencional. Así, el art. 12 del Convenio de La Haya de 1954; art. 6 del Convenio de La Haya de 1970; y art. 11 pfo. 2º de la Convención de Panamá 1975. En relación con nuestro régimen autónomo, el art. 294 de la LEC prevé la transmisión de oficio a quien, conforme a la *lex fori* del Estado requerido deba practicar la prueba requerida.

²³ El Convenio de La Haya de 1965 considera, además, como elemento esencial de la petición la inclusión de la naturaleza y objeto del procedimiento y, en su caso, la cuantía (art 5. pfo 4º y formulario anejo al Convenio).

identificación de los documentos²⁴. De igual modo, deberá incluirse en la petición, si se considera oportuno, la petición de un procedimiento especial para la práctica de la prueba (art. 9). Por último, si el ordenamiento del Estado requirente lo exige, deberá señalarse el término del que se dispone para que la práctica de la prueba sea útil²⁵.

Por último, además del contenido mínimo es necesario que la petición cumpla ciertos requisitos de forma, concretamente el referido a la necesidad o no de legalización y el del idioma en el que debe estar redactada. En cuanto al primer requisito, la exigencia o no de legalización, el Convenio de 1970 exime de este requisito formal a las peticiones para la práctica de prueba en el extranjero (art. 3). No obstante, sí reclama la necesidad de que ésta sea apostillada, conforme

²⁴ Ya hemos analizado anteriormente los problemas que se plantean en relación con este requisito y la indeterminación de las peticiones provenientes de los tribunales norteamericanos a través de la utilización de la "discovery".

²⁵ En nuestro ordenamiento véase, en este sentido, el art. 287 LEC que exige la inclusión del término para la práctica de la diligencia requerida.

En algunos casos, se ha incluido, además, de una breve reseña del pleito, la transcripción de los escritos y de la providencia de la solicitud y si se trataba de la notificación de la demanda, junto a lo anterior, copia y cédula de emplazamiento. En este sentido, J.M. MANRESA NAVARRO, *Comentarios...*, 1881, cit., p. 572.

Otro elemento que también se incluía, tradicionalmente, en las peticiones era la promesa de reciprocidad. En este sentido, véase H. SMIT, "International Co-operation in civil Litigation: Some Observations on the rules of international Law and Reciprocity", *NILR*, 1962, n.p.p. 58, p. 149. En relación con la práctica española, véase la Real Orden, de 25 noviembre 1852, cit. La inclusión de esta cláusula tenía como objetivo posibilitar el inicio de relaciones inexistentes mediante su ofrecimiento. En este sentido, P. GOMEZ DE LA SERNA, *Motivos...*, cit., p. 170. En la actualidad, como se señaló anteriormente, también nuestra LOPJ exige, aunque no expresamente, la inclusión de esta cláusula al requerir o la prueba de la reciprocidad o el ofrecimiento de ésta (art. 278. 1º LOPJ).

Sobre el contenido de la petición en el ordenamiento francés, véase P. BELLET, "Commission Rogatoire 'matière civile'", *Encyclopedie Dalloz*, T. I, 1968, p. 347, núm. 12.

a lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1961 (art. 1, a))²⁶. El objetivo de este requisito es la salvaguardia de la autenticidad de la resolución judicial por la que se requiere la cooperación.

En relación al objeto de la traducción, sí puede exigirse, según la declaraciones, que el texto de la comisión rogatoria esté traducido o se acompañe de una traducción que habrá de ser certificada (art. 4, pfo 1º y 5º)²⁷, pero nada señala en cuanto a los documentos anejos²⁸. Por tanto, el Convenio de La Haya de 1970 limita la obligación de traducción a aquellos extremos básicos para asegurar el derecho de defensa y demás garantías procesales. Garantizado este mínimo, el resto de documentos remitidos no requieren ser traducidos y se desplaza hacia el interesado a quien afecte la ejecución de tal diligencia la carga de su traducción, ya

²⁶ *BOE*, 25 septiembre 1978.

Ténganse en cuenta, además, el Convenio europeo relativo a la supresión de la legalización de documentos extendidos por los funcionarios diplomáticos y consulares, de 7 julio 1968 (*BOE*, 26 agosto 1982). También el Convenio de Bruselas de 1968 suprime esta exigencia para las peticiones de reconocimiento y ejecución (art. 49). Esta última posibilidad tiene un especial interés respecto de Irlanda (esta vez Bélgica sí es parte del Convenio de La Haya de 1961); si admitiésemos la posibilidad de utilizar el art. 25 para el reconocimiento de la petición de cooperación esta quedaría exenta de la necesidad de legalizarse (principio de confianza comunitaria).

No debe olvidarse, además, que la cooperación judicial internacional no debe ser ajena a la incorporación de los avances técnicos a la recepción y transmisión de información, como ocurre, por ejemplo con nuestra LO 5/92, de 29 de octubre (*BOE*, 31 octubre), de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal lo cual nos sitúa ante la posibilidad de utilizar el fax o la transferencia internacional de datos para pedir o prestar cooperación judicial internacional (art. 33 b)), también recogida por la reforma del art. 230 LOPJ por la Ley orgánica 16/1994.

²⁷ Téngase en cuenta, además, el art. 3 del Convenio de La Haya de 1954.

Excepcionalmente los Convenios de Bruselas de 1968 (art. 48 pfo. 2º) y de La Haya de 1965 (art. 5) donde la traducción es potestativa, pero, de pedirse deberá ser certificada, al igual que en el resto de los Convenios.

²⁸ Extremo éste que, sin embargo, sí se exige en el Convenio de Panamá 1975 (art. 5). Además, téngase en cuenta en este mismo sentido, el convenio bilateral con Brasil (art. 9).

no como un requisito para su admisión sino para una defensa más eficaz²⁹.

B. Derecho aplicable a la comisión rogatoria. Forma especial.

La regla general es que, en principio, la ley aplicable a la forma de las actuaciones judiciales es la del foro (art. 9 pfo. 1 Convenio de 1970)³⁰. Sin embargo, la *lex fori* no se aplica indiscriminadamente a todos los aspectos de las actuaciones procesales³¹, y, especialmente, en lo relativo a la prueba, en la que cabe también la consideración de la *lex causae*³².

La mayoría de la doctrina coincide en la aplicación de la *lex fori* a aquellos aspectos dirigidos a obtener la convicción del juez, es decir, la que hemos denominado función inmediata de la prueba³³. Así será aplicable a la admisibilidad de los medios de la prueba, a la práctica de

²⁹ En el mismo sentido, véanse F. RAMOS MENDEZ, "¿Traducción al castellano...", cit., pp. 254-261 y 266; y Sent. TC 98/84, de 24 octubre, cit., *supra*.

³⁰ Véase, E. SPIRO, "Forum regit processum (Procedure is governed by the *lex fori*)", *ICLQ*, 1969, pp. 949 y ss.

³¹ El riesgo de extensión ilimitada en nuestro ordenamiento proviene de la formulación unilateral introducida en la Reforma del Título Preliminar, en 1974. Véanse, en este sentido, A.L. CALVO-CARAVACA, "Régimen del processo civil...", cit., p. 5097; y R. RECONDO PORRUA, "Régimen del proceso civil...", cit., p. 335.

³² La determinación de la ley aplicable a cada uno de los aspectos que integran la prueba no es una cuestión baladí. En efecto, si consideramos que un aspecto determinado de la prueba tiene naturaleza procesal, entonces la regla general será su eficacia territorial limitada y la aplicación de la *lex fori*. Si, por el contrario, entendemos que dicho aspecto tiene naturaleza material o sustantiva, cabría atribuirle una eficacia extraterritorial al serle de aplicación la *lex causae*.

³³ Véase, en este sentido, R. PERROT, "Le régime des preuves en droit international privé français", en *Atti del 3º Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile (Venecia 12-15 abril 1962)*, Giuffrè, Milan, 1969, p. 15.

la misma, a la fuerza probatoria y valoración de la misma. Por su parte, la *lex causae* será aplicable a los aspectos relacionados con el derecho material como son la creación, limitación, modificación y extinción de la obligación, es decir, comprendería aquellas cuestiones incluidas en la que hemos denominado función mediata de la prueba, así como la prueba de presunciones³⁴.

Para la práctica de la prueba en el extranjero, además de la *lex fori*, cuando exista amparo convencional, también podrá solicitarse a las autoridades del Estado requerido que utilicen una forma especial en el procedimiento de ejecución o en cuanto al medio de prueba requerido³⁵. Esta forma especial consiste en la aplicación por parte de las autoridades del Estado requerido del *modus operandi* de los tribunales del Estado requirente³⁶. Para ello es necesario que dicha forma especial sea

³⁴ Sobre la cuestión del derecho aplicable a la prueba, véase, con carácter general, D. COESTER-WALTJEN, *Internationale Beweisrecht*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1983. Ténganse en cuenta además, J.D. GONZALEZ CAMPOS "Comentario al art. 8.2. Cc.", en AA.VV, *Comentarios al Código civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 75; A. HUET, *Les conflits de lois...*, cit., p. 29; A. CALVO CARAVACA, "Régimen del proceso civil...", cit., p. 5097; A. L. CALVO-CARAVACA, "Régimen...", cit., p. 321; J.D. GONZALEZ CAMPOS/A. L. CALVO-CARAVACA "Comentario al art. 8.2 del Cc", cit., pp. 144-147; U. DROBNIG, *American-German Private International Law (Bilateral Studies in Private International Law)*, Ocena Publications, Inc, NY, 1972, p. 339; y M. GUZMAN ZAPATER, *El derecho a la investigación...*, cit., pp. 105 y ss.

Para el supuesto concreto de las obligaciones contractuales, téngase en cuenta, además, la aplicación del art. 14 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980 (*BOE*, 19 julio 1993; corr. de err., 9 agosto). Sobre este artículo, véase Ch. KESSEL, "Praktische Probleme bei der Führung von Prozeßen nach deutschem Recht vor englischen Gerichten:", *RIW*, 1996-4, pp. 293 y ss.

Por último, véase E. GOMEZ ORBANEJA, E., "La prueba preconstituida", cit., p. 111.

³⁵ En este sentido, A. HECK, "US. misinterpretation...", cit., p. 237.

³⁶ En este sentido, A. HUET, *Les conflits...*, cit. p. 360. Este autor considera que la forma especial se trata de una "prórroga" de la *lex fori* del Estado requirente cuya regularidad deberá ser controlada en el acto devuelto.

En contra de esta posibilidad, véase C. GONZALEZ BEILFUSS, *Nulidad e infracción...*, cit., p. 181. Concretamente, rechaza la posible aplicación del Convenio

compatible con el ordenamiento del Estado requerido. Si esta forma especial es practicable, se logra el incremento de la utilidad y validez de la prueba obtenida en el extranjero por su perfecto ajuste al ordenamiento del Estado requirente³⁷.

a) La forma especial.

La posibilidad de utilizar en la ejecución de la comisión rogatoria una forma especial, es decir, hacerlo conforme a una ley distinta a la *lex fori*, ha sido una constante a lo largo de los textos de La Haya. Esta forma especial cumplía la función de corregir las "alteraciones", es decir, las variaciones o falta de equivalencia en los medios de prueba, en la práctica de la prueba dentro de un conjunto de Estados pertenecientes a una misma tradición jurídica³⁸ que, por la consideración de las normas

de Bruselas a la obtención de prueba en el extranjero porque de admitirlo se estaría dando cobertura a la elusión de la *lex fori* de Estado requerido para dar aplicación a la ley de la autoridad requirente.

Ténganse en cuenta, además, la sentencia en el asunto Euromepa SA v. R. Esmerian, Inc. 51 F 3d 1095 (2nd Circuit 1995, citada en R.J. MINER, "The Reception of Foreign Law in the US Federal Courts", *AJCL*, 1995-4, p. 582); y la sentencia del Bundesgerichtshof (III Civ. Sen), de 4 mayo 1964, *NJW*, 1964, pp. 1414 y ss.

En la primera, se rechaza el uso de la "discovery federal statute" para una prueba que debe integrarse en un proceso francés porque supera la figura similar (prueba anticipada) recogida en el ordenamiento galo lo que sería contrario a la ley y al orden público francés y no produciría, por tanto, efecto alguno.

En la segunda sentencia, se requiere al juez alemán la práctica de una "discovery" para integrarse en un proceso sucesorio en Estados Unidos perfilada de modo tal por el peticionario norteamericano que el juez alemán la califica en una figura perteneciente al ordenamiento alemán ("Ausforschungsbeweis") y a la que considera conforme a su orden público.

³⁷ Véase las consideraciones que se hacen en la sentencia italiana, de 4 de mayo de 1966, cit. *supra*.

³⁸ Valga como ejemplo la sentencia Corte di cassazione, de 4 mayo 1966, núm. 1117, en el asunto Ditta D'Alfonso c. Ditta Kiesehorst, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, pp. 827 y ss. En ésta se considera que existe un problema de forma especial puesto que el derecho alemán permite la declaración por escrito mientras que el derecho italiano no reconoce la posibilidad de utilizar notas. Sin embargo, se considera

procesales como de orden público, podía conducir a la no ejecución.

Ha sido, sin embargo, la incorporación de los países de la órbita anglosajona la que ha modificado su significado, en aras de la tolerancia y utilidad de la prueba³⁹. En efecto, no sólo afecta a los países de derecho civil esta variación sino que también funciona a la recíproca. Así, por ejemplo, un Estado requirente perteneciente a la tradición civilística podrá pedir a las autoridades del Estado requerido perteneciente al "common law" la ejecución de una prueba por un juez⁴⁰. Este supuesto puede considerarse como un supuesto de forma especial pues como hemos señalado, la regla general en los países "common law" es que son las partes, su abogados o los comisarios los encargados de la práctica de la prueba, mientras que el juez es un mero espectador.

Para dar satisfacción a los objetivos convencionales, el Convenio de La Haya de 1970 no sólo elimina la referencia al orden público como causa de no ejecución de la petición (art. 12) sino que, además, limita los aspectos de aquél que pudieran afectar a la ejecución de la prueba conforme a una forma especial, ya en el medio empleado, ya en el procedimiento a seguir. Así, establece como únicas causas de rechazo la

válida si lo es conforme a la *lex loci executionis*.

³⁹ A pesar de que generalmente sólo se hace referencia a esta especialidad en relación con la ejecución de la prueba, es decir, a la "cross-examination" o a la "verbatim transcript", consistente en la transcripción literal de la prueba, también es posible su consideración para la resolución de alguno de los problemas ya planteados entorno a la "discovery" que, a su vez, desbarataría alguno de los argumentos en los que se apoya la inaplicación del Convenio. Véase, en este sentido, A. HECK, "US. misinterpretation...", cit., p. 235.

Téngase, en cuenta, además, la sentencia en el asunto Siemens AG v. Bavarian Ministry of Justice, citada.

⁴⁰ Así, "Informe Comisión especial de 1968", *Actes et Documents de la onzième session...*, cit., p. 62.

incompatibilidad de la forma especial con la ley del Estado requerido, lo que debe ser especialmente valorado en la "cross-examination", o la imposibilidad de su ejecución debida a la práctica judicial o por dificultades prácticas (art. 9. pfo. 2º)⁴¹. Además, esta limitación en las causas de exclusión de la ejecución conforme a una forma especial hace necesaria la interpretación restrictiva de estas excepciones para maximizar la cooperación judicial internacional y minimizar las posibilidades de rechazo de ésta⁴² y para evitar que se conviertan en cláusulas de escape para la ejecución conforme a esta forma especial⁴³.

Así, esta interpretación restrictiva de las condiciones conduce, en primer lugar, a no considerar que existe incompatibilidad con el ordenamiento del Estado requerido cuando exista una falta de identidad o desconocimiento entre el medio de prueba o el procedimiento con medios de prueba o procedimientos establecidos por la legislación del Estado requerido⁴⁴ sino que debe considerarse como la contrariedad de este medio de prueba o procedimiento de ejecución a sus disposiciones

⁴¹ La incompatibilidad en la práctica judicial o procesal plantea sobre todo problemas en cuanto al modo de materializar los resultados de la ejecución de la prueba. Mientras que en la mayor parte de los países de derecho civil el resultado se extrae, en los ordenamientos de derecho común se recoge completa la práctica de la prueba ("verbatim transcription"). Esta divergencia plantea problemas en cuanto a la tolerancia, por parte del Estado requerido y a la utilidad del material obtenido, en relación con el proceso en el Estado requirente. A esta cuestión nos referiremos más adelante.

⁴² Véase B. RISTAU, *International Judicial...*, cit., p. 212.

⁴³ A diferencia de los textos de 1896 a 1954 en los que bastaba para que no operase el desconocimiento del medio de prueba o del procedimiento requerido para considerarla contraria a la legislación del Estado requerido.

⁴⁴ En relación con la "cross-examination", éste procedimiento especial de práctica de la prueba puede no ser incompatible con el ordenamiento del Estado requerido, pero, bajo determinadas circunstancias su ejecución puede ser imposible. Véase, en este sentido, D.R. MARTENS, "Germany", cit., pp. 93 y ss.

constitucionales o legales⁴⁵.

La interpretación de la imposibilidad, en segundo lugar, debe responder a verdaderas dificultades prácticas, bien de tipo temporal, por la existencia de retrasos judiciales en los tribunales del Estado requerido, o de naturaleza espacial, es decir, que se trate de sedes judiciales que no estén preparadas para poder materializar esta forma especial⁴⁶.

La solución a la que se puede optar varía en función de la causa de excepción que se invoque. Así, si la causa alegada para rechazar el uso de la forma especial es la incompatibilidad del medio de prueba o el procedimiento solicitado con el ordenamiento del Estado requerido, la solución, puede ser doble. Por una parte, podría practicarse la prueba, en todo caso, conforme a la regla general del art. 9 del Convenio, es decir, ajustando el medio o el procedimiento a los supuestos contenidos en la *lex fori* del Estado requerido (art. 9. pfo. 1º). Por otra parte, también cabría una solución más ajustada al objetivo de la forma especial que es una mayor utilidad de la prueba requerida. Para ello, tal vez lo más conveniente para la protección de dicho objetivo sea su devolución al Estado requirente para que se realicen los ajustes pertinentes a fin de que aquélla pueda ejecutarse conforme a lo previsto en el Convenio (art. 5) y de modo que sea más eficaz para el proceso ante sus tribunales.

Si, por otra parte, la excusa alegada para la no ejecución de la forma especial es la imposibilidad por la práctica judicial del Estado

⁴⁵ Véanse A. SARAVALLE, "La Convenzione dell' Aja sull'assunzione di prove all'estero", *Dir. com. int.*, 1987-2, pp. 481 y ss. (esp. n.p.p. 60); y H. MOTULSKY, "Preuve", en *Encyclopédie Dalloz. Droit international*, vol. II, 1969, p. 630.

⁴⁶ En este sentido, véase "Informe Comisión especial de 1968", *Actes et Documents de la onzième session...*, cit., p. 62.

requerido por la falta de familiarización con el medio o el procedimiento solicitado, la solución podría reconducirse a través de la concurrencia de "miembros del personal judicial de la autoridad requirente" (art. 8). Además, tal vez sea posible en algunos supuestos reconducir la cuestión de la imposibilidad a través de la incompatibilidad de modo tal que sea posible utilizar la propuestas para solucionar la falta de ejecución por esta excepción.

Ahora bien, en el caso de que las soluciones propuestas no pareciesen plenamente satisfactorias sería necesario buscar la pautas distintas para hallar respuesta al problema de la no ejecución de la forma especial. A nuestro juicio, la solución pasa por la combinación adecuada entre aquellas soluciones propuestas. En efecto, en primer lugar, el juez del Estado requerido deberá considerar en qué medida la práctica de la prueba conforme a la ley del Estado requerido supondrá la pérdida de utilidad de la prueba conforme a la *lex fori* del Estado requirente. Si la no utilización de la forma especial supusiese dicha pérdida de utilidad, el juez del Estado requerido debería devolver la petición al Estado requirente para que ajustase su petición bien a la legislación bien a las posibilidades prácticas del Estado requerido. En dicho ajuste podría, por ejemplo, solicitar la asistencia a la práctica de la prueba del juez del Estado requirente que conoce del litigio en el que la prueba debería integrarse. Si, por otra parte, no se produce dicha pérdida de utilidad, en aras a evitar dilaciones indebidas podríamos admitir la posibilidad de ejecutar la prueba conforme a la *lex loci executionis*⁴⁷.

La aplicación de la *lex loci executionis* tiene la ventaja de que la

⁴⁷ Véase en este sentido, la Regla 28 de las FRCP, modificada el 1 de noviembre de 1993, en la que no recoger la prueba en un "verbatim transcript" o no practicar el bajo juramento, no es causa para la exclusión de la prueba.

práctica de la prueba no se paraliza sino que se ejecuta con normalidad. No debe ser, sin embargo, esta la única ventaja que debemos tener en cuenta. La petición de una forma especial no es fruto del capricho sino que responde a una mayor utilidad de una prueba que cuenta con el inconveniente de su onerosidad, en tiempo y dinero. Presumir su irrelevancia por el juez del Estado requerido rompería el equilibrio de los intereses en presencia a favor de uno de ellos. Por otra parte, la devolución para el ajuste de la petición tiene la ventaja de que respeta este equilibrio, sin embargo, supone un frenazo en la ejecución y, por tanto, un incremento de los costes por la dilación del proceso de la ejecución de la prueba.

A las cuestiones generales de la ejecución de una forma especial se añaden cuestiones específicas que incrementan los conflictos entre los intereses del Estado requirente y el requerido. Así, por ejemplo, tradicionalmente la ejecución de una petición para la ejecución de una prueba de paternidad se ha incluido en los problemas derivados de la forma especial. También, tradicionalmente se ha rechazado la práctica de éste tipo de pruebas por considerarlas contrarias a la legislación de Estado requerido⁴⁸.

El problema se plantea, especialmente, cuando la legislación del Estado requirente establece sanciones o presunciones si existiese negativa a la práctica de la prueba, mientras que la ley del Estado requerido no

⁴⁸ Esta negativa a la práctica de la prueba hematológica también tendría su reflejo en materia de "exequatur". Así, como se mantuvo en relación con nuestro ordenamiento antes de la Constitución de 1978, cabría "rechazar aquellas decisiones en que la convicción del juzgador aparece alimentada por medios de prueba inadmisibles en nuestro país". Véase, en este sentido, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, cit., p. 252.

establece medidas de compulsión para estos supuestos⁴⁹. Pensemos, por ejemplo, en los casos alemán y español, este último a partir de la interpretación del Tribunal Constitucional, en los que el derecho del reclamante plantea problemas de compatibilidad con la integridad física y a no sufrir tratos degradantes o inhumanos, argumentos que suelen amparar la negativa al sometimiento a este tipo de pruebas⁵⁰.

En principio, los supuestos en los que es previsible la petición del uso de una forma especial se refieren, especialmente, a formas procesales provenientes de los países del "common law". Así las cuestiones que han

⁴⁹ En ningún momento se ha puesto en cuestión la inclusión de la prueba hematológica en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1970, si bien se ha destacado el problema de los medios de compulsión establecidos en los ordenamientos de los Estados parte. Véase, en este sentido, por ejemplo, las conclusiones de la Comisión especial de 1978, cit., pp. 1430-1431.

⁵⁰ Véanse, en este sentido, por ejemplo las Sents. Corte de Appl. Milán, de 13 enero 1967, en el asunto Schmidt c. Schmidt (citada en F. CAPOTORTI *et al.*, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale: repertorio 1967-1990*, Giuffré, Milán, 1991, pp. 148-149); Bundesgerichtshof, de 9 abril 1986, IV b ZR 27/85, *IPrax*, 1987-3, pp. 176 y ss.; y nota a la misma P. SCHLOSSER, "Der lange arm der deutschen Kindschafts und Familiengerichte", *IPrax*, 1987, pp. 153 y ss.; Bundesgerichtshof, de 4 septiembre 1986, *NJW*, 1986, pp. 2371; y OLG Dusseldorf, de 21 octubre 1985, 3 W 399/85, *FamRz*, 1986, p. 191.

En la sentencia de 4 de septiembre, el problema que se plantea es la solicitud de la práctica de una prueba hematológica para la determinación de la paternidad de un italiano con residencia en Italia. Este se niega a la práctica de la prueba alegando el carácter atentatorio de su integridad e intimidad de la misma. Conforme al derecho alemán esta negativa conlleva una sanción.

Por otra parte, en la de 21 de octubre, la petición de la prueba hematológica proviene de los tribunales daneses. En este caso, el juez alemán debe valorar el apoyo jurídico de negativa del "testigo" conforme al derecho alemán. Si no hubiese ese apoyo, entonces aplicará sus medios de compulsión conforme a lo previsto en el art. 10 del Convenio de 1970. Así, utilizará las vías de apremio establecida en el párrafo 372 (a) II de la ZPO. El requerido sólo puede alegar como excepción a la práctica de la prueba la incompetencia de jurisdicción de las autoridades danesas (*ex* párrafo 369 ZPO). En este sentido, téngase en cuenta, además, R. FRANK, "L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand", *RIDC*, 1995-4, pp. 905 y ss.

La posibilidad de imponer sanciones no debe considerarse contraria al Derecho Internacional Público pues no existe regla al respecto que limite a la legislación nacional para pedir colaboración y, en su defecto, imponer sanciones. Véase, en este sentido, J.M. ROGERS, "On the exclusivity...", cit., p. 451.

planteado alguna polémica en relación con esta forma especial han sido, por una parte, la utilización de la "cross-examination" para la práctica de la prueba o la petición de utilizar como medios de prueba formas de "pre-trial discovery" distintas a la documental⁵¹. Por otra parte, tampoco ha sido pacífica la cuestión de la recolección de la prueba por la petición de la transcripción literal de la misma ("verbatim transcription"), que analizaremos en relación a la respuesta que nuestro ordenamiento ofrece en cada uno de estos casos.

Hasta aquí el objeto de la especialidad es el procedimiento de ejecución de la petición de cooperación judicial internacional. Sin embargo, esta especialidad también puede referirse a los sujetos que pueden ejecutar aquélla, es decir, también es un procedimiento especial la prueba ejecutada por funcionarios diplomáticos y consulares o por comisarios. Si bien el propio texto considera que puesto que el medio empleado para la transmisión no es la tradicional comisión rogatoria, este supuesto necesita de un tratamiento diferenciado, que no diferente, como veremos respecto a las condiciones para su puesta en funcionamiento.

Sin embargo, se no hemos hecho, hasta ahora mención de otro supuesto especial por razón del sujeto ejecutante que no podría incluirse en el Capítulo II y que tampoco puede excluirse pues no cabe declaración al respecto (art. 33) ni petición de autorización previa, y que sólo parece encontrar cobijo en el art. 9 del Convenio. Nos referimos, concretamente, a la hipótesis en la que el Estado requirente es un país de derecho continental, donde el juez ocupa un papel activo en el proceso y el Estado requerido es un país del "common law", en el que son los

⁵¹ En relación con el uso de esta vía para la ejecución de un "pre-trial discovery", véase. A. HECK, "US. misinterpretation...", cit., p. 235.

abogados de las partes o comisarios, los que suelen ejecutar la prueba⁵². Pues bien, en este caso, el Estado requirente solicita del Estado requerido la práctica de una prueba conforme a su legislación, lo que exige al juez una intervención positiva.

Dos serían los obstáculos que deberíamos salvar para que fuese posible la ejecución de la prueba requerida por parte de los jueces de un Estado de derecho común, cuando la regla general es la contraria. Primeramente, el ordenamiento del Estado requerido deberá considerar la ejecución de la prueba como una de las atribuciones del poder judicial⁵³, lo que a su vez supondría haber superado la primera condición para ejecutar la forma especial, es decir, la compatibilidad con el ordenamiento del Estado requerido. Y, en segundo lugar, dicha petición deberá ser de posible ejecución conforme a la práctica judicial y a las condiciones materiales para su práctica.

No parece, en principio, que la intervención activa del juez en la ejecución de la prueba sea una cuestión insalvable para los países de derecho común, más bien todo lo contrario. Así, encontramos una tendencia marcada hacia el incremento la participación del juez en la práctica de la prueba como medio para salvar los obstáculos que se

⁵² El juez de "common law" decide a través del engarce legal de los hechos probados por legos, al servicio de quien pone su imperio para salvar los posibles obstáculos. En este sentido, véanse D. EDWARD, "Fact-finding: A british Perspective", cit., pp. 43 y ss.; y B. ANCEL, "Le transfert international...", cit., p. 1.

⁵³ Si la Autoridad Central del Estado requerido tuviese dudas sobre la ejecución de la petición por su tribunales podrá informar a la de Estado requerido para que se subsanen o completen los datos (art. 5). Sin embargo, si volviese a repetirse la misma cuestión, y siguiese sin cumplirse el requisito de la pertenencia a la atribuciones del poder judicial conforme a la legislación del Estado requerido, procederá la no ejecución de dicha petición (art. 12, a)).

Sobre la relación entre ambos artículos, véase, Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., pp. 207 y 210.

encuentran las partes, sus abogados o los comisarios en la práctica de la prueba⁵⁴. Además, esta mayor intervención es una de las sugerencias dirigidas a reducir la posibilidad de la utilización abusiva de la "discovery". Para ello, se propone la introducción de un control judicial del material requerido por ésta y la relación que guarda con el objeto litigioso⁵⁵, si bien no siempre se encuentra apoyo legal para ello y se hace depender de la discrecionalidad judicial⁵⁶. Todo lo dicho nos llevaría a responder afirmativamente a la inclusión dentro de las atribuciones del poder judicial de esta materia aunque algún aspecto concreto pudiera ser "delegable" a legos.

La segunda opción que puede ofrecerse para solucionar la hipótesis propuesta es la "reconversión" del juez en un comisario para que, sin coacción, pueda ejecutar en el Estado requerido la prueba conforme a la ley del Estado requirente y ser compatible con la fórmula de que la prueba sea ejecutada por las partes pues el juez del Estado requirente no actuaría en el Estado requerido con su pleno poder jurisdiccional, limitado territorialmente⁵⁷.

⁵⁴ Véase, en este sentido, E. VIANELLO, "Appunti sulle recenti riforme processuali in Inghilterra", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, pp. 899 y 903.

⁵⁵ Sobre la necesidad de incrementar la participación activa del juez en la fase probatoria véase la "Recomendación núm. R (84) 5 del Consejo de Europa, de 28 febrero 1984. "Principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice", Estrasburgo, 1984.

Sobre las propuestas de esta participación más activa referida al proceso en el "common law", véase J.L. EBERSOLE, "Discovery Problems...", cit., p. 53; y de D. RUCK, "The Cost...", cit. pp. 424 y ss., entre otros.

⁵⁶ Véase, en este sentido, S. M. UMIN, "Discovery Reforma...", cit., pp. 1050 y ss.

⁵⁷ Véase, en este sentido, la sentencia norteamericana de la Supreme Court, Spec. Term, New York County, Pt. I, de 19 marzo 1968, en el asunto *Sorge v. City of New York et al.*, *AJIL*, 1969, pp. 146 y ss. En esta resolución se reconoce que el consentimiento expreso del Estado requerido "convalida" la actuación del juez italiano como "non-diplomatic agent" con sujeción a sus propias reglas.

b) La forma especial en el ordenamiento español ⁵⁸.

La insistencia en los textos de La Haya de la posibilidad de utilizar una regla distinta de la *lex fori* para la ejecución de una prueba en nuestro territorio provocó un interés temprano en el desarrollo de ésta mediante normas autónomas de interpretación de aquéllos⁵⁹. No obstante, el legislador español ha intentado, además, en varias ocasiones, introducir en nuestro régimen autónomo el uso de una forma especial en la práctica de la prueba, al igual que se hizo con la inclusión de la vía diplomática y consular en la transmisión de las peticiones de cooperación (actual art. 300 LEC) por considerarla asumible, incluso, en ausencia de convenio.

El primer intento de incorporar estas mejoras convencionales se produce a raíz de la reforma, en 1974, del Título Preliminar del Código civil. Mediante la incorporación de una norma *ad hoc* (art. 8, pfo. 2º Cc) se pretendía reforzar lo dispuesto en art 1. 5º Cc, tal vez, en un intento de estimular la cooperación judicial internacional y,

⁵⁸ Véase la incorporación en los ordenamientos nacionales de la alternativa a la *lex fori* mediante la incorporación de la forma especial. Así, por ejemplo, ténganse en cuenta el art. 69. 4º y 5º, de la ley italiana de derecho internacional privado de 1995, cit. *supra*, referidos, respectivamente, al uso de un medio de prueba distinto al previsto por las leyes italianas y a la utilización de un procedimiento especial en la ejecución de la prueba; art. 739 NCPC francés; y al art. 233, sub. 2 del Código de procedimiento neerlandés, modificado en 1988 (citado en E.P.A. KEYZER/ M.Th. NUHUIS, "The Hague Evidence...", cit., p. 159).

Téngase en cuenta, por último, que Estados Unidos introdujo el uso de la forma especial en la reforma del US Code de 1964. La fórmula por la que se optó entonces fue la posibilidad de utilizar, en todo o en parte, la *lex fori* del Estado requirente junto a la *lex loci executionis*, según fuese dispuesto por el tribunal. Véase, en este sentido, F. POCAR, "La recente riforma statunitense dell'assistenza giudiziaria internazionale", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, p. 501.

⁵⁹ Véase la Real Orden de 14 marzo 1911, de interpretación de los art. 2 y 3 del Convenio de La Haya de 1905 (*GdM*, 15 de marzo, art. 2º).



concretamente, al art. 300 LEC, inmóvil desde su formulación de 1881. Sin embargo, por paradójico que pueda resultar, se interpreta que el pfo. 2º del art. 8 contiene una reafirmación de la *lex fori regit processum* española, valorado como negativo por su formulación unilateral y con un carácter prácticamente ilimitado, puesto que impediría a los tribunales españoles utilizar un derecho que no sea el propio para ejecutar a través de una forma especial los actos requeridos por tribunales extranjeros y ejecutados por nuestros tribunales⁶⁰.

Sin embargo, analizados los antecedentes de esta norma y los objetivos que la ampararon la conclusión que se alcanza de la interpretación literal del precepto parece contraria a estos elementos. Tal vez, para encajar todos los elementos fuese necesaria una interpretación teleológica del precepto⁶¹. El pfo. 2º del art. 8 del Cc establece la aplicación de las leyes españolas por los tribunales españoles en las actuaciones procesales que se desarrollen en nuestro territorio. Sin embargo, además de la formulación de una regla específica para las cuestiones procesales, el objetivo de la introducción de este párrafo era el reforzamiento del art. 1.5 del Cc. Por tanto, debería entenderse que la referencia a nuestras leyes incluiría, además, los textos convencionales de los que fuera parte nuestro país. De este modo, también será una norma española, de origen convencional, aquella que limita la aplicación de la *lex fori* cuando el Estado requerido solicita la ejecución de una prueba conforme a una forma especial, al amparado de lo dispuesto en

⁶⁰ Véase, en este sentido, J.C. FERNANDEZ ROZAS/S. SANCHEZ LORENZO, *Curso...*, cit., p. 638; y A.L. CALVO CARAVACA, "Régimen...", cit., p. 331, entre otros.

⁶¹ Como apoyo a esta interpretación, téngase en cuenta el "Dictamen del Consejo de Estado...", cit., p. 1227.

el convenio internacional, aplicable al caso, del que seamos parte⁶². No obstante, los tribunales españoles aplicarán, en todo caso, aquellas disposiciones que contuviesen los principios directores del proceso que serán aplicables con independencia de que se haya requerido una forma especial⁶³.

La segunda ocasión en la que el legislador se enfrentó a la inclusión en nuestro ordenamiento de la posibilidad de utilizar una forma especial fue en el Proyecto de Ley para la reforma urgente de la LEC de 1984, en el que se incorporaba un apartado específico en el art. 300 LEC por el cual se admitía la ejecución por nuestros tribunales de peticiones de cooperación conforme a una forma especial, siempre que ésta no fuese contraria a nuestro ordenamiento. Sin embargo, dicho apartado desapareció del texto remitido al Senado y, finalmente, del texto aprobado⁶⁴. Quedaría, por tanto, la cuestión como al principio.

Es evidente, por tanto, que sólo se admitirá por nuestros tribunales

⁶² Es decir, el art. 8, pfo. 2 deberá interpretarse, conjuntamente, según corresponda, al art. 14 del Convenio de La Haya de 1954; art. 9 del Convenio de La Haya de 1970 o conforme al art. 10, pfo. 2º de la Convención de Panamá de 1975.

⁶³ Este límite estaría inspirado en el art. 744 del NCPC francés. Sin embargo, también encontramos apoyos en nuestro ordenamiento para su establecimiento. Así, bastaría con recordar el carácter territorial de la protección del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. En este sentido, véase, el Capítulo II de este trabajo.

⁶⁴ Proyecto de Ley de Reforma Urgente de la LEC, *BOCG*, Serie A, de 7 junio 1983, núm. 30I. En este texto el art. 300. 3º disponía que: "...La autoridad requerida ejecutará el emplazamiento y otra diligencia judicial en la forma prevista por las leyes españolas, salvo que el requirente solicite una forma especial que no resulte contraria a la misma y utilizará a tal efecto idénticos medios de compulsión que los establecidos para el cumplimiento de una comisión hecha por los Jueces y tribunales españoles" (el subrayado es nuestro).

Sobre la evolución de este artículo en la Reforma, véase. V. FAIREN GUILLEN, *La ley de Reforma Urgente de la LEC*, ed. Cívitas, Madrid, 1985, pp. 151-153.

la posibilidad de la ejecución de una prueba conforme a una forma especial cuando exista un convenio internacional, bilateral o multilateral, que así lo reconozca. Lo que resulta difícil es elaborar un listado de posibles "especialidades" con los países con los que exista aquella herramienta convencional.

El Convenio de La Haya de 1970 se refiere, exclusivamente a la ejecución de una comisión rogatoria conforme a un procedimiento especial distinto al previsto en el Estado requerido y no hace referencia alguna a la especialidad respecto al medio de prueba requerido. Surgen, por tanto, dos posibilidades: en primer lugar, que sólo quepa el ejecutar este procedimiento especial cuando se refiera a un medio de prueba previsto por la legislación del Estado requerido, en el caso que nos ocupa, España; o, en segundo lugar, que puedan ejecutarse procedimientos especiales sobre medios de prueba distintos a los recogidos en nuestro ordenamiento, siempre que sean compatibles con nuestra Constitución y leyes. La cuestión previa será, por tanto, saber si nuestro ordenamiento permite medios probatorios distintos a los contenidos en los arts. 578 de la LEC y 1215 del Cc.

Si, por el contrario, adoptásemos una posición restrictiva de los medios de prueba, apoyada en una tradicional interpretación jurisprudencial⁶⁵, nos encontraríamos, en primer lugar, con una justificación excluida del texto de 1970 como causa de denegación de la forma especial. Como ya vimos, en los textos anteriores a 1954 este desconocimiento era razón suficiente para la no ejecución de la forma especial. Sin embargo, en el texto de 1970 la inexistencia de un medio

⁶⁵ Véase, en este sentido, A. de la OLIVA SANTOS, "La prueba: conceptos generales", *Derecho Procesal*, T. II, cit., p. 280.

de prueba similar o la diversidad en el procedimiento de ejecución no es causa suficiente para la no ejecución⁶⁶, sino que habrán de concurrir las condiciones de incompatibilidad e imposibilidad señaladas con anterioridad. Y, en segundo lugar, esta concepción restrictiva de los medios de prueba que pueden ser admitidos por nuestros tribunales nos situaría ante el problema de que el juez se vería compelido a la creación de normas para la extensión de otros supuestos no previstos en nuestros medios de prueba cuando estuviesen destinados a un proceso pendiente ante los tribunales del Estado requirente⁶⁷, lo que sí es incompatible con nuestro ordenamiento en cuanto que se excederían las funciones atribuidas constitucionalmente a los jueces (art. 117 CE).

A pesar de este planteamiento, podemos encontrar razones para defender que, siempre que se respeten los derechos fundamentales para la obtención de la prueba, que no se produzca indefensión y no se vean afectados los principios de igualdad de las partes en el proceso y de contradicción y sea comprobable su autenticidad por el Secretario judicial para que dé fe, podrá ejecutarse cualquier medio de prueba, sea cual sea su soporte⁶⁸. La razón fundamental de esta concepción flexible de los medios de prueba la encontramos en el texto actual del art. 230 de la LOPJ, tras su reforma de 1994. Según éste quienes pretendan la tutela judicial de sus derechos e intereses podrán relacionarse con la

⁶⁶ Téngase en cuenta, el "Informe de la Comisión especial de 1968", *Actes et Documents de la onzième session...*, cit. p. 62.

⁶⁷ En este mismo sentido, G.M. UBERTAZZI, "Limiti all'esecuzione...", cit., p. 375.

⁶⁸ Véase en este sentido, A. de la OLIVA SANTOS, "La prueba: conceptos generales" en *Derecho procesal civil*, vol. II, cit., p. 281. Se refiere este autor al enunciado anterior a la reforma de 1994 del art. 230 LOPJ, pero asumible porque el actual también bajo la misma ubicación sistemática, señala que la LOPJ se refiere al modo en que podrán dar constancia a las actuaciones judiciales. Así, por ejemplo, la prueba de testigos grabada en video.

Administración de Justicia a través de los medios fijados en el apdo. 1º (soporte informático, telemático, técnico o electrónico), siempre que se respeten las condiciones establecidas por las leyes procesales (apdo. 4º)⁶⁹.

Formulada, así, esta admisión amplia de los medios de prueba, cabría preguntarse si es posible considerar incluidas, además de la particularidad en los medios y en el procedimiento de ejecución, las peculiaridades en la transcripción de los resultados de la práctica de la prueba. La respuesta, a nuestro juicio, debe ser afirmativa si entendemos que la referencia al procedimiento de ejecución no sólo debe considerarse en relación a la práctica de la prueba, *lato sensu*, sino, también a sus resultados⁷⁰.

i) Especialidad por el medio de prueba.

Como hemos anticipado más arriba, la especialidad en el medio de prueba se daría en el caso de que nuestro ordenamiento admitiese sólo ciertas modalidades probatorias, lo que supondría que requerir otras distintas constituiría una especialidad considerada en el supuesto del art. 9 Convenio de La Haya de 1970. Si, por el contrario, admitimos la apertura de nuestro sistema probatorio a medios de prueba no previstos explícitamente, en principio, la solución no podría ser otra que negar la

⁶⁹ Véase, como ejemplo, la Sent. A.P. Córdoba (Secc. 3ª), de 11 diciembre 1995, *RGD*, 1996, p. 10726. En esta resolución se reconoce el valor probatorio de una cinta magnetofónica, como prueba documental "siempre que se dé la necesaria y precisa adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce adecuado mediante el reconocimiento judicial...".

⁷⁰ Véase la sentencia en el asunto *Stanadyne Automovile et al. c. a.w. M. Traverso*, citada, en la que no sólo se ejecuta una prueba por comisario sino que, además, se pide el uso del formato video para su transcripción.

ejecución sobre la base de incompatibilidad con nuestro ordenamiento al considerar que las normas sobre pruebas son de orden publico. Por el contrario, lo correcto, sería admitir esos otros medios de prueba siempre que se garantice que a través de ellos se logrará el objetivo de la convicción judicial sin que supongan un menoscabo para ninguna de las partes.

ii) Especialidad por la ejecución.

El supuesto que más problemas de ajuste parece plantear para la ejecución de la prueba conforme a una forma especial es la "cross-examination"⁷¹. Ello, sin ánimo de ignorar aquellos supuestos en los que la especialidad depende de aspectos puntuales en la ejecución de la prueba (uso de notas o no, necesidad de juramento o no)⁷².

La "cross-examination" consiste en una prueba testifical en la que primero interroga al testigo "favorable" el abogado de la parte que le propuso (examination), para, en un momento posterior, que el mismo testigo sea "contrainterrogado" por la parte contraria a fin de neutralizar su testimonio, bien mediante la desautorización del testigo a través de cuestionar su imparcialidad o bien a través de establecer dudas razonables sobre dicho testimonio. Por tanto, podríamos concluir que el objetivo último de la "cross-examination" es alcanzar la verdad material. De este

⁷¹ Para los tribunales británicos la prueba ejecutada en el extranjero devenía inútil en Gran Bretaña porque no se había practicado de modo similar al establecido en su ordenamiento como Estado requirente. Véase, en este sentido, B.A. HARWOOD, "Service and Evidence...", cit., p. 291.

Téngase en cuenta, además, D. COESTER-WALTJEN *Internationales Beweisrecht*, cit., marginales núms. 402 y ss.

⁷² Recuérdese la sentencia en el asunto Ditta D'Alfonso c. Ditta Kiesehorst, citada.

modo, la "cross-examination" cumple una doble función. Por una parte, sirve para obtener una prueba favorable para la parte que propone al testigo en apoyo de sus pretensiones (función positiva) y, de otra parte, se destina a conseguir la merma en la consistencia del testimonio y su credibilidad (función negativa)⁷³.

Evidentemente, esta forma de ejecución de la prueba testifical en muy poco coincide con el procedimiento previsto para dicho medio de prueba en la LEC (arts. 637 y ss.). La LEC establece la práctica de la prueba testifical a partir de interrogatorios preestablecidos y controlados judicialmente para determinar la pertinencia o no de las preguntas en relación al objeto del litigio (art. 641), aunque, excepcionalmente, se permita formular preguntas y repreguntas fuera de los interrogatorios (art. 652). Por otra parte, y a diferencia de la forma especial citada, nuestra LEC sólo reconoce el cuestionamiento de la credibilidad del testimonio en un momento posterior (la prueba de tachas) y limitado a los supuestos contenidos en el art. 660 de la LEC.

La diferente concepción en que se basa la "cross-examination" abre la cuestión de si este tipo de ejecución de la prueba es compatible a nuestro ordenamiento. Conviene recordar que, para determinar la compatibilidad o no de una concreta institución en nuestro derecho, no podemos limitarnos a una contraposición en relación con una norma concreta sino que la confrontación debe hacerse con el ordenamiento en su conjunto. Dicho de otra forma, para determinar la compatibilidad o no de la "cross-examination" no tomaremos como referencia la LEC sino

⁷³ En este sentido, N. ANDREWS, *Principles...*, cit., p. 470.

Es justamente esta doble función de la "cross-examination" la que provoca recelos en los juristas de tradición jurídica civil porque no sólo sirve para esclarecer la verdad sino para neutralizar testimonios de los testigos más sugestionables. Así, N. ALCALA ZAMORA, "Cross-examination", en *Cuestiones...*, cit., p. 79.

la CE y el conjunto de la legislación procesal española, si bien, como recordaremos, la primera se repliega en beneficio de la legislación ordinaria.

Tomemos, por tanto, nuestra legislación procesal para dar respuesta a la cuestión así planteada. Y, en este sentido, bastará con recordar que la LECr recoge esta modalidad de ejecución en la prueba testifical celebrada en la vista oral del proceso, con lo que la compatibilidad de la forma especial quedaría probada (arts. 410 y ss. y 704 y ss. LECr)⁷⁴. Así, en principio, nuestro ordenamiento admitirá la posibilidad de que, conforme a lo previsto en el art. 9 del Convenio de 1970, los tribunales españoles puedan ejecutar una "cross-examination". Se abre, sin embargo, uno segundo interrogante en relación al modo en el que podrán actuar nuestros jueces para la práctica de esta prueba en un proceso civil, pues, tal vez, sea compatible pero impracticable. Sin embargo, la respuesta la hemos apuntado más arriba, pues nuestra legislación procesal, con carácter excepcional, permite preguntar fuera del interrogatorio preestablecido, no sólo a las partes, sino también al juez, a fin de resolver las contestaciones que pudieran considerarse oscuras (art. 652 LEC). No estaría, así pues justificada la imposibilidad de la práctica por nuestros tribunales, pues tienen las herramientas precisas para su satisfacción.

iii) Especialidad por la formalización de los resultados.

Como tercera hipótesis relativa a la forma especial, supongamos que un tribunal español es requerido para la práctica de una prueba

⁷⁴ En el proceso penal, la práctica de la prueba testifical en el juicio oral (arts. 704 y ss. LECr) persigue bien la confirmación del testimonio prestado en la instrucción (arts. 410 y ss. LECr), bien su desarticulación.

testifical por un tribunal norteamericano, que pide que los resultados de la prueba se recojan íntegramente a través de una grabación filmada en soporte vídeo para que, posteriormente, el juez de estadounidense pueda utilizar esta prueba. La posibilidad o no de admitir es la forma especial dependerá, en primer lugar, de la compatibilidad con nuestra legislación esta forma de "verbatim transcription" norteamericana⁷⁵. Además, en segundo lugar, habrá de tomarse en consideración si dicha especialidad es practicable, bien por el *modus operandi* de nuestro jueces, bien por las posibilidades materiales con las que éstos cuentan.

Ya hemos apuntado que con el nuevo art. 230 de la LOPJ es posible que las actuaciones judiciales, siempre que garanticen la autenticidad, integridad y cumplan los requisitos exigidos por las leyes procesales, podrán contenerse en formato distinto al documental, *stricto sensu*. Es decir, la constancia de la práctica de la prueba no sólo podrá hacerse a través de actas del Secretario Judicial (art. 280.1º LOPJ), en la que se recoge un resumen de lo actuado (art 634 LEC) sino también mediante cualesquiera medios técnicos cuando se cumplan las exigencias anteriores (apdo. 2º, art. 230 LOPJ). Esta nueva posibilidad permite que, en su caso, pueda recogerse íntegramente una prueba testifical o un reconocimiento judicial que, posteriormente, podrá remitirse al Estado petionario para su integración en el proceso. Pero la posibilidad de su práctica no es óbice para que queden debidamente aseguradas ciertas garantías, especialmente si la prueba requerida se refiere a la fase "pre-trial" a fin de evitar que pueda utilizarse en un procedimiento distinto del

⁷⁵ Recordemos que hasta la reforma de 1993 de las FRCP, las pruebas cuya práctica no se recogía íntegramente no tenían ningún valor para los tribunales estadounidenses, porque el resumen de la práctica de la prueba no se consideraba suficiente para considerar como prueba el material obtenido, lo que suponía que el principio de utilidad del Convenio de La Haya de 1970 se veía mermado, lo que ha caído con la nueva formulación de la Regla 28 de las FRCP, donde ya no se exige ésta por las dificultades que suponía para algunos ordenamientos.

que dio origen a la petición⁷⁶, o, asimismo, que no sea respetada la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos de carácter personal, cuando la prueba se recolecte en soporte informático (art. 230. 3º LOPJ).

Admitida, por tanto, esta forma especial, sólo resta determinar si, no obstante, será de posible práctica. La respuesta, desgraciadamente, ha de quedar abierta, pues, dependerá de los medios materiales con los que cuente el concreto órgano judicial requerido para la práctica de ésta y otras especialidades. Aún cuando la práctica, en el ámbito penal, nos muestra que ello es posible, pues el juez podrá recabar los medios técnicos precisos y la grabación en video será autenticada por el órgano judicial, figurando como elemento unido a las actuaciones procesales.

C. Obstáculos en la práctica de la prueba. Inadmisión. Excepciones de los testigos y de las partes. Denegación de la ejecución de la comisión rogatoria.

a) Inadmisión de la comisión rogatoria.

Ya hemos señalado que el Convenio de La Haya de 1970 establece un control doble para la admisión (art. 5) y ejecución (art. 12) de la petición de cooperación. El primero hace referencia a la ausencia de alguno de los contenidos mínimos que debe cubrir la petición, o de la detección de algún defecto que podría conducir a la inutilidad o a la

⁷⁶ Recuérdese la sent. en el asunto *Río Tinto Zinc Corporation and others v. Westinghouse Electric Corporation*, cit., *supra*. El procedimiento se inicia como consecuencia de otro procedimiento iniciado ante los tribunales norteamericanos para resolver sobre la existencia o no de ciertas prácticas colusorias, contrarias a la competencia. El procedimiento ante los tribunales británicos se decantaba por los aspectos civiles de las prácticas restrictivas de la competencia. Sin embargo, lo que se pretendía era, a su través, obtenerse una información que podía conducir a la instrucción de un procedimiento penal ante el gran jurado.

inejecución de la prueba. Ello permite, por ejemplo, subsanar, cuando se trate de una cuestión formal, una petición que sería inejecutable por atentar a la soberanía del Estado requerido, pues si el vicio proviene del fondo de la petición, la subsanación no es posible.

En primer término, cabe señalar que la función del art. 5 no es extender las causas de inejecución a supuestos no previstos en el art. 12, puesto que el hecho de no satisfacer todos los extremos del art. 3 del Convenio de 1970 no es causa de inejecución de la petición⁷⁷. Así, la función del citado precepto, tal vez, influido por el principio de utilidad, es solventar los problemas que pudieran evitar la ejecución (subsanales) o, si el vicio no puede subsanarse reducir los costes de tiempo y dinero para el peticionario que, tal vez, pueda volver a intentarlo⁷⁸. Por su parte, el art. 12 supone que incluso cumpliendo las condiciones establecidas por el Convenio no es posible la ejecución de la petición.

Pero la admisión de una petición no siempre supone que pueda ejecutarse, no por la existencia de una de las causas del art. 12 sino porque las autoridades que deciden la admisión y la ejecución son distintas y con objetivos distintos. Un caso paradigmático de los desajustes que pueden producirse por esta dualidad es el asunto Siemens AG v. Bavarian Ministry of Justice⁷⁹ que resuelve ante los tribunales

⁷⁷ En este sentido, A. HECK, "US. misinterpretation...", cit., p. 249.

⁷⁸ En el supuesto de que la petición no corresponda a las atribuciones del Poder judicial en cuyo caso la autoridad requirente del Estado requirente debe ser informada para hacer la petición a la autoridad que pueda ejecutar la actuación requerida en el Estado requerido. Así, Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 210.

⁷⁹ En la citada resolución se planteó la cuestión de que la Autoridad Central, al no ser una autoridad judicial, el control que realiza es puramente formal y, en el supuesto, los aspectos formales concurrían pero no así determinadas circunstancias esenciales para la ejecución. Esta discusión condujo a denegar la

alemanes un problema planteado por una actuación judicial previa ante los tribunales norteamericanos⁸⁰.

b) Exenciones o prohibiciones de testigos, partes y peritos.

El Convenio de La Haya de 1970 se refiere a aquellos supuestos en los que "la persona designada alegare una exención o una prohibición de prestar declaración"⁸¹. Esta determinación amplia de quiénes pueden invocar una causa de excepción supone no sólo la inclusión de peritos y testigos sino, también, la de las partes, aun cuando no se haya constituido la relación procesal, como ocurre en el caso de la prueba destinada a un

práctica de la prueba cuando bastaba un mínimo esfuerzo judicial para solventar el problema, denegación que, posteriormente, fue rechazada en el recurso de apelación. El juez alemán encargado de la ejecución optó por utilizar la vía directa para completar la información necesaria para la correcta ejecución de la comisión rogatoria. Así, se dirigió al juez requirente para pedirle información complementaria, supuesto excluido del Convenio de La Haya de 1970 pues el objetivo del juez alemán no es obtener una prueba en el extranjero, ni la práctica de otra diligencia judicial. Para un mayor abundamiento en los problemas planteados en esta sentencia, véase D.R. MARTENS, "Germany", cit., pp. 93 y ss.

Téngase en cuenta, además, el Canje de notas entre Estados Unidos de la República Federal Alemana, de 11 de febrero de 1955, de 13 de enero y de 3 de octubre de 1956 relativo a la recolección de testimonios por funcionarios consulares norteamericanos en la República Federal Alemana. Véase el texto en N. NAGEL, *Internationales Zivilprozeßrecht*, vol. 2, 1981, pp. 771 y ss. La vigencia de dicho Canje de notas fue confirmada, a su vez, por el Canje de notas de 17 de octubre de 1979 y de 1 de febrero de 1980. Véase el texto en B. RISTAU, *International Judicial...*, cit., vol. II, pp. 78 y ss.

⁸⁰ Asunto Corning Glass v. ITT, *ILM*, 1981, pp. 1025 y ss. Véase comentario de la misma en B. RISTAU, *International Judicial...*, cit., pp. 235 y ss.

⁸¹ La diferencia entre ambos supuestos radica en que en el primer caso no cabe excepción y su incumplimiento supone la comisión de un delito, sí cabe, sin embargo, la excepción en el segundo.

Téngase en cuenta, además, que estas mismas excepciones son alegables si el cauce elegido es la ejecución de la prueba a través de funcionario consular, diplomático o comisario (art. 21. d) Convenio de La Haya de 1970).

proceso futuro⁸². Para ello, el Convenio de La Haya de 1970 no sólo reconoce la posibilidad de alegar las causas de excepción a la testificación previstas en la *lex loci executionis* (art. 9.1º), sino que, además, incorpora aquéllas reconocidas por el ordenamiento del Estado requirente, siempre que éste lo haga constar en la solicitud o lo confirme a instancia de la autoridad requerida, así como las excepciones de un tercer Estado, siempre que medie declaración en este sentido.

La razón de esta amplitud en las excepciones en la testificación o en el peritaje se encuentra en la necesidad de producir una prueba útil. Supongamos, por ejemplo, que un tribunal español solicita los tribunales de otro Estado la práctica, en el territorio de éste último, de una prueba testifical de un sujeto que pudiera tener un interés directo en el proceso, excepción no prevista por la ley del Estado requerido⁸³. Si el juez del Estado requerido no tuviese presente nuestro ordenamiento, bien porque no se haya hecho constar en la petición esta circunstancia, bien porque, a instancia de parte, no se dado a conocer al juez de la ejecución, se abriría la puerta al abuso de la prueba en el extranjero ya que se permitiría la práctica de una prueba nula⁸⁴ (arts. 1246.1º Cc; y 660.3º

⁸² Por ejemplo, en la jurisprudencia francesa por la que se ha interpretado el art. 145 NCPC francés, se considera que en los supuestos en los que la prueba anticipada pueda suponer un ataque al secreto profesional desaparece el requisito del "motif légitime" como condición indispensable para su concesión. Véase, por ejemplo, la Sent. Cour de cassation (Ch. Com.), de 5 enero 1988, en el asunto Soc. Allum c. Soc. Marine, *Recueil Dalloz*, 1989, p. 354. Téngase en cuenta, además, la nota a la misma de G. VIRASSAMY, *ibidem*, pp. 355 y ss.

⁸³ En el caso español se entiende cuando existe una obligación solidaria, relaciones comunitarias o societarias, que no tienen por qué coincidir con la constitución de litisconsorcio.

⁸⁴ Nuestro TC califica como "impertinentes" las pruebas nulas. Son nulas aquellas pruebas obtenidas en violación de un derecho fundamental, porque en la valoración de la prueba son consideradas como impertinentes. Véase, en este sentido, la Sent. 114/84, de 29 noviembre, cit., (FF. jj. 2º, 3º y 5º).

y 666 LEC).

Las excepciones para prestar testimonio tienen por objeto, por una parte, evitar que la neutralidad del testimonio pueda verse alterada por la existencia de un interés directo⁸⁵ o por el mantenimiento de relaciones profesionales⁸⁶ o familiares con alguna de las partes. De otra

⁸⁵ Véase el art. 660.3º de la LEC.

Téngase en cuenta, además, el art. 246 del NCPC italiano.

Tanto para nuestro ordenamiento como para el italiano, en estos supuestos no existe una verdadera excepción para testificar sino que lo que se trataría es de la incapacidad para ser testigo. A este respecto, no podemos evitar hacer referencia a una curiosa situación que se da en nuestro ordenamiento, al incluir el Cc (art. 1247) entre las causas de incapacidad para ser testigo una causa que, en su caso, debería calificarse como excepción para testificar. Tomemos el siguiente ejemplo: A, nacional español y técnico de la empresa X y con residencia en el Estado requerido, es requerido por los tribunales del Estado requirente para que testifique. Supongamos que el derecho del Estado requerido reconoce que la ley nacional es la que regula la capacidad, incluida la testifical. Si A, voluntariamente, presta testimonio, este será nulo, porque A es inhábil, ope legis, para testificar, conforme a lo dispuesto en el Cc (lo contrario a lo que ocurre en otros ordenamientos en los que el deber de confidencialidad o el secreto profesional son excepciones que el interesado puede alegar).

El cauce que, sin embargo, parece más adecuado es su alegación como "justa causa" para no testificar (art. 643 LEC).

Sobre los problemas de solapamiento entre la norma material, es decir, que supone la incapacidad y, por tanto, la nulidad de la prueba, y la procesal, estructurada a través de la prueba de tacha de testigos, lo que supone la posible anulabilidad de la prueba, no su nulidad automática porque está sujeta a la valoración conjunta de la prueba y, por tanto, a la apreciación por el juez, *ex post facto*, véase, entre otros, J. ALMAGRO NOSETE, "Art. 1245 Cc", en AA.VV. *Comentarios al Código civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pp. 403 y ss.

⁸⁶ En relación con los secretos del tráfico. Véanse, entre otros, los arts. 660.2 de la LEC y el art. 32 del CdC.

Respecto al ordenamiento italiano, véanse el arts. 210 del NCPC italiano. Asimismo, véase la sentencia italiana de la Corte di Appello de Milán, decreto 23 diciembre 1991, en el asunto Profarmaco, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992-3, pp. 577 y ss.. En esta resolución se considera que la incapacidad del testigo, por tener un interés directo en el proceso, no es suficiente para determinar la nulidad de la prueba requerida.

Asimismo, en el caso de los Países Bajos, véanse la ley de reforma del Código de procedimiento civil (modifica arts. 176-233), citado en E.P.A. KEYZER/M.Th. NIJHUIS, "The Hague Evidence Convention...", cit., p. 159. Esta norma establece como causas para no testificar la existencia de relaciones familiares o la obligación profesional de confidencialidad.

parte, estas excepciones permiten la protección de ciertas informaciones relacionadas directamente con derechos y facultades soberanas, como puede ser la ordenación de la economía⁸⁷ o la tutela de ciertas informaciones "sensibles" a través de leyes específicas de protección. También se establece como un medio de protección de determinadas informaciones, un deber de secreto en materias relacionadas con el desenvolvimiento de una función pública o un servicio público⁸⁸ o con

⁸⁷ Evitar la aplicación extraterritorial de la legislación norteamericana sobre prácticas restrictivas de la competencia ("antitrust") es una de las razones por las que se empiezan a elaborar las normas de bloqueo a fin de evitar los excesos jurisdiccionales de los Estados Unidos. En este sentido, véase, entre otros, B. BARACK, *The application of the competition rules (antitrust law) of the European Community*, Kluwer, 1981, pp. 240 y ss.

Es cierto, sin embargo, que la crispación inicial se ha ido atenuando, como lo demuestra el hecho de haber logrado ciertos acuerdos equilibradores de intereses entre Estados Unidos y la Unión Europea. En este sentido, véase la International Antitrust Enforcement Assistance Act, 1 noviembre 1994, *ILM*, 1995, pp. 47 y ss. En este mismo sentido, ténganse en cuenta las directrices elaboradas por las "agencias" competentes para controlar la competencia en las operaciones internacionales, en relación con la Act de 1994. Sobre éstas últimas, véase, K.J. ARQUIT/R. WOLFRAM, "Las Directrices estadounidenses del Derecho de la competencia internacional de 1995: su auténtico significado para las sociedades extranjeras", *Derecho de los Negocios*, mayo 1996, pp. 1-7. Uno de los objetivos de estas directrices es la de facilitar la obtención de prueba en el extranjero en materia "antitrust" eludiendo los problemas de aplicación extraterritorial de las normas norteamericanas que provocan las "agencias" y, además, evitar las actuaciones defensivas de su soberanía de los países de derecho continental.

Téngase en cuenta, además, J.A. GOMEZ SEGADE, "Secreto industrial", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, 1995, pp. 6084 y ss.

⁸⁸ Véase la sentencia de la Court of Appeals, 15 de mayo 1992, en el asunto *In re Pan American World Airways Inc. s Application*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993-1 pp. 225-230. Téngase en cuenta que en el ordenamiento británico la prohibición ("statutory privilege") se extiende, además, a que la información pueda afectar al desarrollo de las relaciones diplomáticas, a documentos secretos para el necesario funcionamiento del Servicio Público. En este sentido, véanse, N.ANDREWS, *Principales...*, cit., 362; y A. KEANE, *The Moderne Law...*, cit., pp. 477 y ss.

En relación al ordenamiento español, téngase en cuenta la reciente Sent. del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 14 de diciembre de 1995 (*RAJ*, 10064). Señala esta resolución que con el deber de secreto no se intenta proteger espacios en los que puedan cometerse infracciones que no puedan investigarse sino que "...únicamente (se pretende) modular restrictivamente la utilización de determinados medios probatorios" (F.j.4º).

Véanse, además la Ley Orgánica 2/87, de 18 de mayo de conflictos

el desarrollo de ciertas actividades profesionales⁸⁹ como es el caso del ejercicio de la abogacía⁹⁰, de la medicina, de la actividad bancaria⁹¹,

jurisdiccionales (BOE, 20 de mayo) y art. 417 de la LECr. Existe un deber de no testificar si ello supusiese la violación del deber de secreto, salvo que mediase autorización del superior jerárquico; y J.A. SANTAMARIA PASTOR "Secreto Oficial", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol.III, Cívitas, 1995, pp. 6088 y ss.

Por otra parte, téngase en cuenta, la ley de Secretos oficiales, de 5 de abril 1968, modificada por la ley 7 de octubre 1978 (RAL, 680 y 2187, respectivamente); así como el Canje notas con Noruega sobre secretos oficiales, (RAL, 2437).

⁸⁹ Véanse, como ejemplo, los párrafos 384-385 de la ZPO; y la Secc. 3 (d) de la International Antitrust Enforcement Assistance Act norteamericana, de 1 noviembre 1994 cit., *supra*. En los primeros se incluyen, entre otros, el deber de secreto profesional en relación con la actividad bancaria, funcional, referida a negociaciones contractuales, a información relativa a política de precios. Además, se incluye el deber de confidencialidad en la actividad sacerdotal y así como los límites a esta excepción.

Téngase en cuenta, además, las excepciones provenientes del Derecho Internacional Público que afecta a funcionarios consulares y diplomáticos, a las que nos referiremos con posterioridad.

⁹⁰ Véase, en este sentido, el art. 437.2º de la LOPJ.

En relación con el ordenamiento francés, véase el art. 66, 5º de la Ley núm. 90-1259, 31 diciembre 1990, por el que se establece el secreto entre el abogado y su cliente, que modificó Ley núm. 71-1130, de 31 diciembre 1971, en vigor desde 1 enero 1992, en *Nouvelle Code de la Procedure Civile*, ed. Dalloz, París, 1991, pp. 824 y ss.

⁹¹ Es especialmente importante el secreto bancario en aquellos países donde parte de su actividad económica se basa en la actividad bancaria. Este es el caso, por ejemplo, del ordenamiento suizo en el que no sólo existe un deber de confidencialidad sino que, además, revelar información sobre la actividad bancaria se considera un delito de revelación de información. Sobre el secreto bancario suizo, véase P.C. HONEGGER, "Swiss banking secrecy", *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 1990, pp. 144 y ss; y *Droit et Pratique du Commerce International*, 1991, 1º y 2º.

Sin embargo, en los últimos años, debido a la presión internacional, ya que tras ciertas operaciones bancarias se ocultaba la comisión de delitos, hizo necesaria la revisión por parte de las autoridades suizas de este deber de secreto y la inclusión en el mismo de determinadas restricciones. En este sentido, véase C. LOMBARDINI, "The Changing Face of Swiss Banking Law", *Diritto Commerciale Internazionale*, 1991, pp. 363 y ss. Téngase en cuenta, además el nuevo art. 305 *ter* del Código Penal suizo.

En relación con el ordenamiento español, téngase en cuenta, la ley de 14 noviembre 1977 (RAL, 2406, arts. 41-45) y la Directiva 10 junio 1991 sobre Secreto bancario y su levantamiento incondicionado en el supuesto de blanqueo de dinero (DOCE núm. L 166, 28 junio 1991). Téngase en cuenta, además, la jurisprudencia constitucional relativa al deber de confidencialidad, el secreto bancario así como las injerencias necesarias producidas por el deber de contribuir. En este sentido, véase la

incluidas en la denominada "secret law". Por último, también debe considerarse como una excepción para testificar, incluido el supuesto de la confesión (arts. 579 y ss. LEC), el derecho a no declarar contra sí mismo⁹² y cualquier otro que suponga la vulneración de un derecho fundamental, como es el caso de la integridad física, concretamente en relación con las pruebas para determinar la paternidad⁹³.

Son distintas las consecuencias jurídicas derivadas de la existencia de una excepción o de un deber de guardar secreto. Así, si un testigo ignorase la prohibición de declarar por la existencia del deber de guardar secreto, la prueba practicada sería nula. Por su parte, en el caso de que estemos ante una excepción, el efecto sería impedir la ejecución de la prueba, como permite, por ejemplo, con el art. 11 del Convenio de La Haya de 1970, salvo renuncia de la parte beneficiaria que asume el coste de la revelación de ciertos datos. Algunos ordenamientos reconocen, además, la posibilidad de invocar cualquier otro interés legítimo que

Sent. TC, 108/84, de 26 de noviembre 1984 (BOE, 12 diciembre, F.j. 8º). Téngase en cuenta, además, M. J. GUILLEN FERRER, *El secreto bancario y sus límites legales*, ed. Tirant lo Blanc, Biblioteca Cuatrecasas, Valencia, 1997.

En relación con los países del "common law", ténganse en cuenta la sentencia en el asunto *In re Santa Fe*, cit. *supra*; y N. ANDREWS, *Principles...*, cit., p. 374.

⁹² Véase art. 24. 2 CE. En relación con esta excepción, téngase en cuenta, además, N. ANDREWS, *Principles...*, cit., 366.

Por ejemplo, este fue uno de los argumentos utilizados, en el asunto *Rio Tinto Zinc Corporation and others v. Westinghouse Electric Corporation*, citado. Además de las cuestiones relativas a los aspectos civiles de las prácticas restrictivas de la competencia, la demandada, Westinghouse, alegaba la imposibilidad de revelar la información pedida porque de ello podría derivarse una infracción del ordenamiento comunitario en materia de competencia, concretamente, de los arts. 85 y 86 del Tratado CE.

⁹³ Sobre los problemas específicos que plantean estas pruebas en relación con el art. 11 del Convenio de 1970, véase M. GUZMAN ZAPATER, *El derecho a la investigación...*, cit., pp. 110-111.

aconseje la no declaración⁹⁴, si bien en todos estos casos deberá valorarse la posibilidad de que se pretenda ocultar la información sobre hechos relevantes escudándose en alguno de estos supuestos⁹⁵.

No se incluyen, sin embargo, ni el supuesto de la existencia o no de una obligación de declarar ante el juez⁹⁶, regulada por una norma de derecho público y, por tanto, de aplicación territorial, lo que supone que si existe esta obligación en el Estado requerido se podrán utilizar los mismos medios que si se tratase de un litigio interno (art. 10 Convenio de 1970), ni la inmunidad de testigos, excluida del Convenio de La Haya de 1970 porque se considera materia de derecho autónomo del Estado requerido⁹⁷ y reforzada por la ausencia de regulación en el texto de 1954⁹⁸.

Las fórmulas utilizadas por las citadas leyes específicas para la protección de materias sensibles son variables. Así, pueden contener la

⁹⁴ Véase el art. 206 del NCPC francés en el que se exige la existencia de un interés legítimo, es decir, directo en el proceso, la existencia de una relación de parentesco o tratarse de funcionarios diplomáticos y consulares.

⁹⁵ En este sentido, J. ALMAGRO NOSETE, J., "Art. 1245 Cc", cit., p. 410.

⁹⁶ En este sentido, Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 216.

El supuesto del art. 11 Convenio de La Haya de 1970 sólo tiene en cuenta excepción planteada ante el juez puesto que de proponerse ante el cónsul o el comisario debe regularse por la *lex fori* del lugar de presentación de la acción para medir las consecuencias de la interferencia en el proceso según se trate de la parte o testigo. Téngase en cuenta, entre otros, P.F. SUTHERLAND, "The Use...", cit. pp. 832-837.

⁹⁷ Que, sin embargo, sí se reconoce por alguno de los Convenios bilaterales celebrados por España. Así, por ejemplo, el convenio bilateral con Checoslovaquia (art. 8) y el convenio bilateral con China (art. 16).

⁹⁸ En este sentido, Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 216

prohibición, dirigida a la parte o al tercero, de aportar el material requerido en la práctica de la prueba o su personación, fórmula adoptada por la denominadas leyes de bloqueo o "blocking statutes". Otra de las opciones que pueden adoptar estas leyes de protección es la de compeler, a quienes son llamados para la producción de la prueba, al incumplimiento de las órdenes de tribunales del Estado requirente. Una tercera opción consiste en impedir el reconocimiento y la ejecución de la resolución cuando los tribunales extranjeros se han declarado competentes sobre una competencia exorbitante, como es el caso, por ejemplo, de la sujeción personal estadounidense⁹⁹. Cabe, por último, que la fórmula empleada sea la combinación de todas las opciones anteriores¹⁰⁰.

La diferencia entre estas normas "protectoras" es la posibilidad de renunciar a la protección reforzada. En las normas de bloqueo, el "beneficiario" no puede renunciar a la protección y, en su caso, debe sufrir las sanciones que se impone, en nuestro caso, por la no producción de la prueba solicitada. En el caso de las "secrecy law" existe un deber de confidencialidad al que puede renunciar el beneficiario, pero que también le puede suponer determinadas consecuencias disciplinarias. Y, por último, los "clawback statutes" son las más drásticas pues no sólo evitan que ciertas resoluciones extranjeras dejen de producir efectos sino que, además, el demandado puede recuperar las "multas abusivas" satisfechas en un Estado extranjero¹⁰¹.

⁹⁹ Véase, por ejemplo, la Regla 53 (b) de la Protection of Trading interest Act británica, citada.

¹⁰⁰ Sobre estas normas protectoras de material sensible, véase A. W. LOWE, *Extraterritorial Jurisdiction*, Grotius publications limited, Cambridge, 1983, pp. XVIII y ss.

¹⁰¹ Véase, en este sentido, el Reglamento (CE) 2271/96, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones

i) Excepción de colaboración por las partes, testigos o terceros en la práctica de la prueba por la existencia de una ley de bloqueo.

Las leyes de bloqueo aparecen como consecuencia de la inoperancia o de la inexistencia de normas convencionales para evitar los excesos permitidos por la legislación de Estados Unidos, concretamente, por la utilización de la "discovery"¹⁰². Así, puede afirmarse que se han creado para que exista una cobertura jurídica de la negativa a intervenir en la práctica de la prueba, que excluya o matice la sanción por desacato¹⁰³.

Las normas de bloqueo se han ido desarrollando por sectores según las "tendencias" del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Así, en los años 50 se inician las investigaciones sobre los cárteles del petróleo. La primeras reacciones se articulan a través de

basadas en ella o derivadas de ella (*DOCE*, núm. L 309, de 29 noviembre 1996) en respuesta a las leyes norteamericanas Helms-Burton (Cuban Liberty and Democracy solidarity Act, de 12 marzo 1996), *Derecho de los Negocios*, núm. 72, septiembre 1996, pp. 84 y ss; y D'Amato.

Este Reglamento exige la necesaria notificación de quienes pudieran verse afectados por un proceso en Estados Unidos en aplicación de esta ley (art. 2), el deber de secreto profesional de la información confidencial (art.3), el no acatamiento de las peticiones de los tribunales, excepto cuando ello pueda soportar un perjuicio grave a sus intereses (art. 5) ya que de ser sancionado económicamente se prevé la recuperación de los daños producidos (art. 6).

¹⁰² Véase, en este sentido, V. RANOUIL, "Les lois de blocage", cit., p. 521.

¹⁰³ En este sentido, V. RANOUIL, "Les lois de blocage"..., cit., p. 526.

En relación con las distintas aproximaciones que la jurisprudencia norteamericana ha utilizado en relación con la "discovery" y la existencia de una norma prohibitiva del Estado requerido, véase, L.B. BROWNE, "Extraterritorial Discovery...", cit., pp. 1329 y ss.

actos gubernamentales para después pasar al terreno legislativo¹⁰⁴. En un segundo momento, las investigaciones norteamericanas se dirigen hacia las prácticas y/o acuerdos restrictivos de la competencia elaborados en el seno de las conferencias marítimas. Por este motivo, los Estados afectados responden a la "intromisión" a través de un rosario de protestas diplomáticas como medida disuasoria para, después, elaborar disposiciones sectoriales cuyo objetivo es paralizar la "discovery"¹⁰⁵. En los años 70, con motivo de la crisis energética, las autoridades estadounidenses despliegan su labor investigadora, y, por tanto, de utilización de la "discovery", en relación a las restricciones de la competencia en el mercado del uranio¹⁰⁶.

En vista de la progresiva extensión de la aplicación de la "discovery" norteamericana a todos los sectores, algunos países, como

¹⁰⁴ A esta primera época corresponde la Economic Competition Act holandesa, de 28 junio 1956, reformada el 14 noviembre de 1985.

¹⁰⁵ Véanse, entre otras, las normas de bloqueo de Suecia: Ordenanza reale del 13 mayo 1966 (protege el armador frente a la producción de ciertos documentos sobre la industria marítima), *Dir. mar.*, 1980, pp. 577 y ss; Noruega: Ley 16 junio 1967 que autoriza al Rey a prohibir a los armadores a transmitir información al extranjero, *Dir. mar.*, 1980, p. 576; Dinamarca: ley 8 junio 1968: límite información armadores a países extranjeros, *Dir. mar.*, 1980, p. 567; Finlandia: ley 4 enero 1968, prohíbe a los armadores presentar cierto tipo de documentos, *Dir. mar.*, 1980, p. 567; Francia: loi relative à la communication de documents et renseignements à des autorités étrangères dans le domaine du commerce maritime, *Journal Officiel*, 27 junio 1968; Bélgica: ley 27 marzo 1968 modificada por 21 junio 1976 sobre transporte marítimo y aéreo, *Dir. mar.* 1980, p. 575; RFA: Gesetz über die Aufgaben des Bundes aus dem Gebieten der Seeschifffahrt, *BGBI.*, 1965, II, pp. 833 y ss; e Italia, ley 24 julio 1980, núm. 488, *Gazzeta Ufficiale*, n. 353, 26 agosto 1980, p. 7127.

¹⁰⁶ Téngase en cuenta la sentencia de la House of Lords, 7 febrero 1978, en el asunto *Rio Tinto Zinc Corporation and others v. Westinghouse Electric Corporation*, cit. *supra*; y el mismo asunto resuelto por la justicia norteamericana en la sentencia *In re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contract Litigation*, cit., *supra*.

Francia¹⁰⁷ y el Reino Unido¹⁰⁸, elaboraron disposiciones que protegen todas las actividades económicas de las investigaciones que pudieran ser consideradas como intrusiones en la política interna del Estado. De este modo, las leyes de bloqueo "refuerzan" las diferencias en la concepción de la obtención de prueba situada en el extranjero entre Estados Unidos y la mayoría de los Estados parte del Convenio sobre obtención de prueba en el extranjero, como lo demuestra el mapa de los Estados que han regulado sobre esta materia¹⁰⁹.

En relación con esta protección especial, sectores considerados sensibles están dotados de mecanismos limitadores de la obtención de información que procedan de aquéllos y que pudieran afectar al normal funcionamiento de las instituciones o desvelar ciertos datos esenciales para la protección del interés general. Esta protección puede ser sustantiva, en relación con el contenido de la información, o formal, en función del medio utilizado para obtener esta información.

En primer lugar, debe señalarse que la protección sustantiva impone el secreto sobre ciertas materias, por ejemplo, las relacionadas

¹⁰⁷ Véase la Ley n° 80-358, de 16 julio 1980 "relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères" (*Journal Officiel*, 17 junio 1980). Con anterioridad esta protección sólo abarcaba los supuestos de comercio marítimo a través de la ley 68-678, de 26 de julio de 1968. Sobre ambas normas, véase. L. FOCSANEANU, "L'instruction extraterritoriale des litiges économiques et la défense de la souveraineté des États", *AFDI*, 1981, pp. 645 y ss.

¹⁰⁸ Véase, la Protection of Trading Interests Act 1980, citada.

¹⁰⁹ Nuestro país no ha adoptado normas de bloqueo, a pesar de que no es ajena a las condiciones que dieron origen a la aparición de aquéllas. Caben, sin embargo, otras opciones para alcanzar soluciones semejantes a las que se lograrían de poseer las citadas normas de bloqueo. Sobre el análisis de esas alternativas que ofrece nuestro ordenamiento, véase F. GARCIMARTIN-ALFEREZ, *Los efectos sobre la contratación internacional de las medidas de coerción económica interestatales*, Tesis doctoral, inédita, Madrid, 1991, pp. 419 y ss.

con la defensa o los secretos oficiales. Además, se establecen excepciones para testificar cuando la prueba se refiera a la actividad profesional o al cargo público que se ocupa¹¹⁰. En este último caso puede autorizarse el levantamiento de la inmunidad, mientras que en el primero la infracción del secreto conlleva la comisión de un delito.

Por su parte, la protección formal intenta evitar que ciertas informaciones "sensibles" para la economía puedan, bajo la cobertura de su necesidad, desviarse hacia objetivos menos loables, pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de conocer datos de importancia referidos a una empresa competidora. Generalmente, esta protección se levanta cuando hay un proceso pendiente en el Estado requirente y siempre que la información requerida cumpla unos ciertos requisitos de concreción y relevancia¹¹¹.

En ambos casos, las normas de bloqueo suelen establecer la necesidad de una autorización administrativa previa para levantar las medidas de excepción¹¹². Véamos ahora cómo funcionan las normas de bloqueo como excepción a la práctica de la prueba.

La efectividad de esta medida se pone de relieve tras el caso

¹¹⁰ Véanse, entre otros, el art. 199 del Nuevo Código Penal español de 1995; y el art. 75 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado, (*BOE*, 9 noviembre 1995). Estos supuestos no son encuadrables ni en la regulación del Código civil, es decir, la inhabilitación para ser testigo, ni en la de la LEC, es decir, la incapacidad para testificar, sino que se regulan por la legislación específica en los supuestos en los que exista un cierto carácter secreto de las informaciones (abogados, médicos, bancos...). Véase J. ALMAGRO NOSETE, J., "Art. 1245 Cc", cit., p. 405.

¹¹¹ Véase, en este sentido, los problemas planteados en torno al art. 23 del texto de 1970 y a las declaraciones sobre el "pre-trial discovery of documents", a los que nos referimos anteriormente.

¹¹² Véase, en este sentido, L. FOCSANEANU, "L'instruction extraterritoriale...", cit., pp. 649-650.

Interhandel¹¹³ y la elaboración de la doctrina de la "good faith"¹¹⁴. Hasta entonces las leyes prohibitivas extranjeras no eran, ni son, causa suficiente para incumplir el mandato judicial. Por el contrario, sí lo es el incumplimiento por incapacidad, no por negativa, mala fe o negligencia del sujeto al que se ha solicitado la aportación de un determinado material probatorio¹¹⁵. Por tanto, la doctrina anterior significa que sólo se excluyen las consecuencias negativas del incumplimiento de la orden judicial cuando se demuestre la buena fe del requerido. Para ello se controlará que haya realizado todas las gestiones necesarias para aportar lo pedido pero que, sin embargo, por causas que le son ajenas, ya sea por actos gubernativos o la posibilidad de que se le impongan sanciones penales¹¹⁶, no alcanza el resultado deseable¹¹⁷.

¹¹³ Sentencia de la Corte internacional de justicia de 21 marzo 1959, cit. *supra*. Esta sentencia tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada ante los tribunales norteamericanos en el asunto *Société International v. Rogers*, 357 US 197 (1958). El litigio se plantea como consecuencia de la aplicación de una norma norteamericana que impide actuar en Estados Unidos aquellas empresas que estén controladas por nacionales considerados enemigos de ese país tras la II Guerra Mundial. Las autoridades estadounidenses sospechaban que las operaciones realizadas a través de bancos suizos ocultaban capital inversiones prohibidas por la legislación norteamericana. Los bancos suizos se amparaban en la existencia un deber de secreto en la actividad bancaria.

¹¹⁴ A partir de la sentencia *Société v. Rogers*, los tribunales norteamericanos elaboran la denominada doctrina de la "buena fe". Esta doctrina parte de la idea de que el sujeto al que se dirige la petición para la práctica de la "discovery" en el Estado requerido ha desarrollado, con toda diligencia, una actividad para no ver defraudada aquélla. No obstante, no puede entregar la prueba solicitada por la "discovery" porque existe una norma prohibitiva en el Estado requerido que se lo impide.

Sobre esta doctrina, véanse A.F. LOWENFELD, "International Litigation...", cit., pp. 202 y ss; y L.B. BROWNE, "Extraterritorial Discovery...", cit., pp. 1320 y ss.

¹¹⁵ Sobre otros medios de los que disponen los litigantes para oponerse a la ejecución de la "discovery", véase P.A. BATISTA, "Confronting Foreign "Blocking" Legislation: A guide to Securing Disclosure from Non resident Parties to American Litigation", *IL*, 1983, pp. 61-85.

¹¹⁶ Encontramos tres niveles de posibilidad de acceso al material protegido por las normas de bloqueo: **a) absoluto**: esfuerzos siempre infructuosos salvo la

Por su parte, si se opusiese a la "discovery" sin soporte legal, se considera que se ha actuado de mala fe.

La existencia de un ley de bloqueo es uno de los elementos que el juez norteamericano debe tomar en consideración para realizar el "balancing of interest" previo a la decisión a adoptar sobre la práctica de la prueba en el extranjero. Esta norma de bloqueo podrá ser alegada como base para invocar una "protective order" a fin de evitar que la ejecución del a "discovery" pueda resultar opresiva, injusta o excesiva (Regla 26 FRCP) o que sea utilizada para objetivos extraprocesales¹¹⁸. Así, el juez debe sopesar, por una parte, el interés real para el proceso de la prueba requerida. Por otra parte, el juez deberá prever las consecuencias que la ejecución de la "discovery" puede reportar a quien deba incumplir la ley de bloqueo. Y, por último, el juez deberá valorar las sanciones que podría imponer a quien haya incumplido de la resolución judicial ("order") en la que se contiene la "discovery", conforme al derecho estadounidense.

Así, en última instancia, cuando el requerido para la práctica de la prueba está sometido a la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos, deberá decidir entre dos males: o bien opta por la aplicación de las sanciones que los tribunales norteamericanos podrían imponerle por no aportar la prueba requerida que, incluso, le impedirá la preparación

autorización discrecional del Estado requirente; **b) relativo**: si cabe con esfuerzo parte obtener prueba; y **c) posible obstáculo** si no se cumplen ciertos requisitos.

Véase, en este sentido, "Beyond the rethoric of Comparative...", cit., p. 113.

¹¹⁷ Véase la sentencia en el asunto *Graco, Inc v. Kremlin, Inc et al.*, citada.

¹¹⁸ Véase, en este sentido, R.L. MARCUS, "Myth and Reality...", cit., pp. 1-9.

de una mejor defensa; o bien opta por las sanciones que se le podrán aplicar en el Estado requerido si revelase la información protegida por la ley de bloqueo¹¹⁹. La balanza, sin embargo, se inclina a favor de las primeras porque los costes económicos son, con seguridad, superiores en el caso de incumplir la decisión del tribunal norteamericano.

Hasta aquí el supuesto de partida ha sido el hecho de que el sujeto al que se solicita la aportación documental o su testimonio utiliza una norma de bloqueo como arma de oposición a esta solicitud. La cuestión que se nos plantea es dilucidar que ocurre si el sujeto requerido está dispuesto a la colaboración voluntaria con los tribunales extranjero. Evidentemente, no puede asimilarse la respuesta si el sujeto requerido es parte de un proceso o si, por el contrario, se trata de un tercero ajeno a él. Nos interesa el primer supuesto, es decir, que se impida a una parte una efectiva defensa aportando determinado material al proceso ante los tribunales norteamericanos por la existencia de una norma de bloqueo y, en consecuencia, su condena por haber respetado una norma nacional. Cabría en este supuesto plantear la posibilidad de que el litigante, que ha sufrido una lesión en su patrimonio a causa de la denegación de la autorización administrativa que le libere de la sanción establecida por la norma de bloqueo, reclame a la Administración por los daños

¹¹⁹ Téngase en cuenta que la "discovery", como dijimos, es un medio para obtener material probatorio, en bruto, que debe, con posterioridad, superar el test de relevancia. Si el material probatorio se ha obtenido en violación de una norma imperativa del Estado requerido, para el ordenamiento de éste, la prueba resultante de la "discovery" es una prueba nula, lo que tiene importancia en el supuesto de que pretendiese ejecutarse la resolución obtenida en el Estado requerido que podrá considerar contraria a su orden público una resolución apoyada en una prueba nula.

En relación con esta cuestión, véase E. VELASCO NUÑEZ, "Doctrina y limitaciones a la teoría del "fruto del árbol envenenado" en la prueba ilícita (Estados Unidos y España)", *RGD*, 1996, pp. 10149 y ss.

ocasionados por verse limitado su derecho de defensa¹²⁰.

Por otra parte, debemos hacer referencia a la circunstancia de que, si bien las normas de bloqueo se crearon, principalmente, para contrarrestar la aplicación extraterritorial de las normas norteamericanas, éstas se aplican, incluso, entre aquellos Estados que han utilizado esta estrategia defensiva, como es el caso de Francia y el Reino Unido. Un buen ejemplo de esta utilización lo constituye la sentencia de la Queen's Bench Division, Commercial Court, de 31 marzo 1993, en el asunto Partenreederei m/s "Heidelberg" contra Grosvenor Grain and Feed Company LTD¹²¹.

Este proceso se inicia tras producirse un choque entre dos buques, uno francés y otro alemán en Francia, y tras una sucesión de procesos cruzados y de un procedimiento arbitral, finalmente se acude a los tribunales ingleses. Los demandados son una compañía naviera británica y dos compañías navieras francesas. Se acude a los tribunales ingleses como foro del domicilio de uno de los demandados (*ex art. 6.1 Convenio de Bruselas*).

La concreta petición de prueba se dirige contra las dos compañías navieras francesas. Estas alegan la existencia de la ley de bloqueo francesa de 1980 y señalan que el juez inglés no está legitimado para dictar una "discovery order" ejecutable en el extranjero, para cuyo

¹²⁰ Si bien el planteamiento de esta posibilidad se formuló como consecuencia de la inmunidad de jurisdicción, tal vez, fuese extensible esta opción a los supuestos en los que la existencia de una norma de bloqueo impida una defensa eficaz. Véase, sobre la posibilidad de reclamar dicha indemnización la Nota de M.P. ANDRES SAENZ DE SANTAMARIA, a la Sent. Trib. Sup. de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 21 diciembre 1993, en *REDI*, 1994-2, pp. 726 y ss.

¹²¹ *Lloyd's L. R.*, 1993, vol. 2, pp. 324 y ss.

cumplimiento sea obligatorio la comisión de un ilícito, pues, por una parte, no puede utilizar el Convenio de La Haya de 1970 para dar cobertura a la "discovery" y, por otra parte, además, dicha resolución sería contraria a la cortesía internacional y al orden público (pfo. 19).

Para conocer el verdadero efecto que tendría si dictase la citada "order", el juez británico requiere el asesoramiento de expertos, concretamente, solicita la elaboración de un Informe a un bufete especializado las relaciones jurídicas franco-británicas. La conclusión a la que llega este informe es que sólo puede invocarse efectivamente la norma de bloqueo francesa cuando lo que pretenda evitarse es la aplicación de las "long arm" norteamericanas (pfo. 31) y sólo cuando se vea afectado interés nacional francés. Por tanto, el juez inglés señala que no es admisible la invocar la norma de bloqueo francesa para no cumplir una "order" proveniente de un tribunal británico.

En último lugar, se nos plantea la cuestión de qué ocurre en el supuesto de que se pretenda la práctica de una prueba, bien mediante el Convenio, bien a través de la "discovery" en un Estado, como España, en el que no existe una norma de bloqueo, alegable para contrarrestar dicha prueba "abusiva".

Cabría, en primer lugar, determinar si nuestros tribunales tienen un cauce procesal para impedir la práctica de dicha prueba abusiva. Para ello, la parte debería demostrar dicho carácter abusivo y la existencia, efectiva, de un interés legítimo amparable. Además, sería necesario que fuese tramitado de modo urgente para evitar el perjuicio derivado del incumplimiento de un mandato de un juez norteamericano cuando, generalmente, el "afectado" está sujeto a la jurisdicción de los tribunales de Estados Unidos. En todo caso, la resolución judicial "protectora" no

impediría, como veremos a continuación, que las sanciones se materialicen.

Por otra parte, la práctica de otros países, como es el caso de Alemania que tampoco posee una norma de bloqueo similar a la de Francia o la del Reino Unido, es la intervención puntual de las autoridades, dictando una decisión que determina el ataque a intereses estatales¹²². Sin embargo, para las autoridades judiciales norteamericanas esta decisión no tiene el mismo valor que las normas de bloqueo o normas públicas que establezcan un deber de secreto en el "balancing of interest", para que se restrinjan o eliminen las sanciones por el incumplimiento pues en aquél sólo se consideran los intereses generales reflejados en las normas aplicables. Así, a pesar de la actuación de la autoridad pública extranjera, las sanciones siguen operando.

Ambas soluciones, por tanto, demuestran la necesidad de que exista una norma expresa que impida la práctica de pruebas abusivas cuando el remitente de la petición, como ha sido la tónica general, es Estados Unidos.

ii) Supuesto especial de la excepción de declarar de los agentes diplomáticos y consulares.

Al igual que el Estado goza de inmunidad de jurisdicción y ejecución, como consecuencia lógica de la soberanía e igualdad soberana

¹²² Véase el asunto US v. First National City Bank, 296 F 2d 897 (2d cir. 1968, citado en A. F. LOWENFELD, "International Litigation...", cit., *supra*, pp. 206 y ss). Se trata de un proceso "antitrust" en el que está implicada una compañía farmacéutica alemana que opera a través del Citybank. Se requiere la producción de documentos relativos a ciertas transacciones a favor de la compañía alemana, bajo "subpoena". El banco entrega los documentos en su poder en Estados Unidos pero la empresa alemana se niega a aportar los situados en Alemania alegando su contrariedad al deber de confidencialidad que opera en las relaciones bancarias.

de los Estados, es coherente que sus representantes en el extranjero, incluidos el Jefe del Estado, de Gobierno, Ministros y otros organismos y entidades que actúan como órganos del Estado en el extranjero así como a los representantes de Organizaciones Internacionales, también disfruten de ella. No obstante, una no deriva de la otra sino que se apoya en razones distintas¹²³ La inmunidad del Estado se fundamenta en la soberanía. Por su parte, la inmunidad de los órganos del Estado que le representan en el extranjero, se articula en razón de la función que éstos desempeñan para evitar la intervención en su actividad de las autoridades del Estado de residencia¹²⁴.

La razón que justifica esta excepción es, a su vez, límite de ésta. Es decir, en el caso de la inmunidad estatal, sólo cuando actúe en ejercicio de la soberanía (*iure imperii*) estará plenamente justificada dicha excepción¹²⁵, mientras que en el resto de los supuestos, es decir, cuando actúe sujeto al derecho privado (*iure gestionis*), no tendrá cabida

¹²³ Pese a que nuestra práctica jurisprudencial tienda a la "asimilación" de ambos supuestos. Véase, en este sentido, L.I. SANCHEZ RODRIGUEZ, *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, ed. Cívitas, Madrid, 1990, p. 37.

¹²⁴ Véanse, en relación con los agentes diplomáticos, el art. 31 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 16 de abril de 1961 (*BOE*, 24 enero 1968). Téngase en cuenta, además, la sentencia Cour de cassation (1ère Ch. civ.), de 15 abril 1986, en el asunto Picasso de Oyague c. Mme Picasso de Oyague, *Rev. crit. dr i. pr.*, 1986-4, pp. 723 y ss. En este caso se extiende la inmunidad de jurisdicción a una demanda de divorcio por considerar que "la liste des cas dans lesquels l'immunité doit être écartée (...) est limitative".

En relación con los agentes consulares, téngase en cuenta el art. 43 del Convenio de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963 (*BOE*, 6 marzo 1970).

¹²⁵ No sólo encontramos pronunciamientos de nuestra jurisdicción ordinaria sino que, además, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en dos ocasiones. En ambos casos se hace eco de esta tendencia "relativizadora" de la inmunidad de jurisdicción y ejecución del Estado. Véanse las Sents. TC 107/92, de 1 julio (*BOE*, 24 julio, F.j. 4) y 292/94, 27 octubre (*BJC*, noviembre 1994, pp. 154 y ss).

negativa¹²⁸. Del mismo modo, este carácter omnicomprendivo de la inmunidad supone la existencia de una exclusión si dichos funcionarios son requeridos como terceros, por ejemplo, en calidad de testigos o peritos¹²⁹.

En la excepción a la obligación de testificar debemos diferenciar dos supuestos, según el efecto que produzca dicha excepción. Así, debemos distinguir entre el supuesto en el que la excepción equivale a imposibilidad de sanción o coerción del funcionario diplomático o consular y, aquél en el que la excepción equivale a la prohibición expresa de testificar¹³⁰. En el primer caso, no se excluye la posibilidad de cooperar con las autoridades del Estado recibiente siempre que esta cooperación se haga de manera voluntaria¹³¹. Sin embargo, en el segundo caso, la prohibición significa que, salvo renuncia, no cabe revelar información, por ningún medio, de aquellas cuestiones relacionadas directamente con la función que desempeñan, excepción que sólo afecta a los agentes diplomáticos cuando éstos posean la nacionalidad

¹²⁸ A.C.D.I., 1958, vol. II, p. 106.

¹²⁹ A nuestro juicio, esta excepción podrá extenderse a la prueba documental, siempre y cuando sea requerida la producción de documentos que tengan que ver con la función diplomática. Sin embargo, en el texto de relaciones consulares se excluye expresamente no sólo cuando se es llamado con calidad de testigo sino, además, cuando se le requiere para la exhibición de correspondencia o documentos oficiales o como experto (art. 44.3º).

¹³⁰ En relación con el primer supuesto, véanse, en este sentido, F.J. QUEL LOPEZ., *Los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos en el Derecho Internacional y en la práctica española*, ed. Cívitas, Madrid, 1993, p. 68; A.C.D.I., 1958, cit., p. 106.

En relación con el segundo supuesto, véase el art. 44.3º del Convenio de Viena sobre relaciones consulares.

¹³¹ A.C.D.I., 1958, cit., *ibidem*, y art. 44.1º Convenio sobre relaciones consulares.

del Estado de residencia¹³².

La renuncia, al igual que ocurre respecto de la inmunidad de jurisdicción, debe ser activada por el Estado representado ya que los materiales solicitados tratan sobre la actividad de éste en el extranjero, desarrollada a través de sus órganos de representación¹³³. Si se admitiese la posibilidad de que esta excepción fuese general, es decir, incluso para los supuestos que no tengan que ver con el desempeño de sus funciones propias, cabría la posibilidad de la renuncia sin necesidad de intervención del Estado representado, en cuyo caso, el funcionario consular o diplomático requerido podrá prestar el testimonio verbalmente o por escrito¹³⁴, siempre y cuando se traten de cuestiones ajenas a su función. En lo referente a las cuestiones inherentes la función concreta desarrollada por los citados funcionarios, la renuncia deberá hacerse por el Estado representado, ya que, en ningún caso, el beneficiario de esta no obligación podrá, sin previa renuncia expresa de aquél¹³⁵, declarar sobre sus funciones oficiales¹³⁶.

¹³² Véase el art. 38.1º del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas.

¹³³ Véase el art. 32 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas.

¹³⁴ Véase *A.C.D.I.*, 1958, cit. *ibídem*.

¹³⁵ Sin embargo, en el proyecto inicial de este Convenio sí se recogía la posibilidad de la renuncia implícita a la inmunidad de jurisdicción que podría hacerse extensible a la prueba testifica'. Véase, en este sentido, L.I. SANCHEZ RODRIGUEZ, *Las inmunidades...*, cit., p. 33.

¹³⁶ Véase el Informe núm. 4636, de la Asesoría Jurídica del del Ministerio de Asuntos Exteriores en el que un un empleado de la Sección consular de la embajada de España en Austria era requerido para que informase sobre el contenido de ciertos ficheros, a su disposición por la función que desarrollaba. El resultado el informe es negar esta posibilidad. Véase el citado informe en F.J. QUEL LOPEZ, *Los privilegios...*, cit., n.p.p. 95, p. 69.

- c) **Denegación de la ejecución porque ésta no corresponda, en el Estado requerido a las atribuciones del poder judicial. Perjuicio a la soberanía o a la seguridad del Estado requerido.**

En el Convenio de La Haya de 1970 se ha optado por recoger un concepto de orden público atenuado. Es decir, en el texto de 1970 se han eliminado las acepciones de orden público que pudieran proceder del Derecho internacional privado y del derecho interno¹³⁷ a fin de no ver defraudada la expectativa de cooperación¹³⁸. Resulta ilustrativo de la afirmación anterior el hecho de que no se considere contrario al orden público el hecho de que pueda ejecutarse una prueba sin que se comunique a los interesados el lugar, el día y la hora de la práctica, es decir, sin contradicción¹³⁹.

La primera causa de denegación que formula el Convenio es que, conforme a la ley del Estado requerido, la ejecución de la actuación requerida no se atribuya al Poder judicial. Este supuesto ha sido, desde el texto de 1896, una constante en los Convenios de La Haya. Este hecho responde a la disparidad de regulación que puede existir entre los ordenamientos de los Estados intervinientes acerca de las funciones que se atribuyen en cada uno de ellos al Poder judicial, disparidad que será mayor, sobre todo, en la particular cuestión de las "otras actuaciones judiciales" (art. 1). Lo anterior no puede ni debe confundirse con un problema de incompetencia de la autoridad judicial requerida¹⁴⁰.

¹³⁷ En este sentido, P. BELLET, "Commission Rogatoire...", cit., p. 347.

¹³⁸ Véase, O. CAPATINA, "L'entraide judiciaire...", cit., p. 343.

¹³⁹ Véanse, entre otras las sentencias en los asuntos Graefenstein c. Prevedel; Karel Peters v. Arnoldus Hagemans; Lavie v. Dame Lavie; y Ditta Oriente Export v. Compagnia di Assicurazioni La Villoria, citados.

¹⁴⁰ Véase al respecto el comentario hecho en el Capítulo II del presente trabajo sobre el apdo. 2º del art. 278 de la LOPJ.

Pensemos, por ejemplo, en que se remite, al Estado requerido, la petición de ejecución de una actuación que conforme a su *lex fori* se atribuye al Ministerio Fiscal¹⁴¹ o a un órgano administrativo¹⁴².

La segunda de las razones que pueden esgrimirse para denegar la ejecución de la práctica de la prueba es que ésta sea contraria a la soberanía o a la seguridad del Estado requerido, regla que también es una constante en todos los Convenios de La Haya sobre procedimiento civil. Esta exclusión debe relacionarse con una parte de las excepciones del art. 11 del texto de 1970, como ilustra el supuesto de hecho planteado en la sentencia de la Court of Appeals, de 15 mayo 1992, en el asunto In re Pan American World Airways Inc.'s Application¹⁴³.

En relación con la denegación de la ejecución de una comisión rogatoria porque ello pudiera suponer un ataque a la soberanía del Estado requerido, es importante destacar el papel de las leyes de bloqueo, las cuales, en principio, sirven para evitar la revelación de información ante los tribunales del Estado requirente, pero que, además, por su relación

¹⁴¹ En este sentido, véanse, los arts. 3, Convenio de La Haya de 1896, *Actes à la Deuxième Conférence de La Haye*, cit., Anejo 2, p. 52; art. 7, Convenio de La Haya de 1905; y art. 11.2º Convenio de La Haya de 1954.

En el texto de 1896, el ejemplo que se pone como paradigmático de esta excepción es la actividad que pueda desarrollar, en la cooperación, el Ministerio Fiscal.

¹⁴² En este sentido, Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 210.

¹⁴³ Publicada en *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993-1, pp. 225-230.

La citada resolución se refiere al proceso iniciado en Estados Unidos por los herederos de los fallecidos en el atentado de Lockerbie, el tribunal estadounidense requiere, mediante una comisión rogatoria, la práctica de una prueba testifical sobre un informe elaborado por un especialista en explosivos de la Armada Real británica.

Se invoca como causa para la no ejecución la inmunidad del perito prevista en la legislación inglesa y por el art. 11 del Convenio de La Haya 1970, porque está en juego una cuestión, como es el terrorismo, que afecta a la seguridad nacional británica que exige un deber de secreto del especialista relacionado con ella.

directa con intereses soberanos, son invocadas cuando se pretende la ejecución de la prueba en el Estado requerido. Las mismas son de aplicación *ex officio*, ya que constituyen de normas de derecho público. Por último, si existiesen problemas derivados de la inejecución o de la inconveniencia de la razón argüida, en tal caso, podrá utilizarse la vía diplomática, apta para su resolución (art. 36 Convenio de la Haya de 1970)¹⁴⁴.

2. Prueba practicada a través de funcionarios diplomáticos y consulares.

El nexo que abre la posibilidad de la práctica de la prueba a través de agentes diplomáticos y consulares es la nacionalidad, siempre que concurren, además, las siguientes condiciones:

- que el requerido tenga la nacionalidad del Estado de representación;
- que el Estado representado les reconozca la facultad de practicar pruebas en el extranjero, dentro de su demarcación territorial;
- que el Estado de residencia les permita el ejercicio de esta facultad;
- que la ejecución de la prueba se haga sin compulsión, ya que sólo el Estado de residencia está legitimado para su ejercicio puesto que la regla de partida es la territorialidad de la jurisdicción; y, por último,
- que exista un proceso iniciado en el Estado representado. A diferencia de lo que ocurre en el caso de utilizar una comisión rogatoria (art. 1.1), sólo cabe utilizar ésta vía si existe un proceso incoado. No cabe, así, su utilización para el supuesto de un proceso futuro (arts. 15, 16 y 17, para la prueba practicada ante comisario, del Convenio de 1970).

¹⁴⁴ En este sentido, Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 210.

La posibilidad de la práctica de la prueba por agentes diplomáticos y consulares ofrece no pocas ventajas. Así, por ejemplo, elimina la necesidad de la traducción y de la legalización puesto que la lengua utilizada en toda la tramitación, en la ejecución y en la devolución es la del Estado requirente y, además, no nos hallamos ante documentos extranjeros sino, en todo momento, ante documentos nacionales aunque procedentes del extranjero. Otra de las ventajas es que el derecho aplicado a la práctica de la prueba es el mismo que el del proceso principal, es decir, la *lex fori* del Estado requirente. Por último, y por la razones señaladas, no es necesario el ajuste que conlleva la integración en el proceso de un acto procesal extranjero.

Ya hemos señalado que, en principio, es la nacionalidad el elemento que permite la utilización de esta alternativa a las comisiones rogatorias. Sin embargo, el Convenio de La Haya de 1970, no sólo permite la práctica de pruebas frente a los nacionales del Estado que representan (art. 15), sino que, además, incluye la posibilidad de extenderla a nacionales del Estado de residencia¹⁴⁵, e incluso de un tercer Estado (art. 16). La diferencia entre ambas situaciones radica en la autorización que debe prestar el Estado receptor. Así, si el sujeto requerido para la ejecución de la prueba es nacional del Estado representado, no es necesaria la autorización previa, salvo declaración en contrario del Estado de residencia. En el segundo caso, la regla es la inversa, es decir, sí es necesaria la autorización, salvo que se haya hecho declaración en contrario.

Hasta aquí no parece que ninguna cuestión pueda plantarse

¹⁴⁵ Excepto Alemania que lo ha excluido expresamente. Véase *Guía práctica de los Convenios...*, cit., p. 308.

siempre y cuando la nacionalidad esté determinada. Pero surgen las dudas cuando nos enfrentamos al supuesto en el que el sujeto requerido para la práctica de la prueba posea una doble nacionalidad. En tal caso, debemos diferenciar los supuestos en los que esta doble nacionalidad tiene un carácter patológico de aquéllos que se basan en la existencia de una regulación convencional. En el primer caso, el nacional lo es de los dos Estados, es decir, que si el Estado requirente solicita, a un doble nacional del Estado requirente y Estado requerido que testifique o aporte determinados documentos, a través de sus agentes diplomáticos, el Estado requerido no podrá alegar, en contra de la ejecución, que se se trata de un nacional. Sin embargo, no es pacífica la solución que el Estado requerido pueda aportar. El Convenio de La Haya de 1970 excluye, expresamente, esta cuestión y lo remite a los ordenamientos en conflicto¹⁴⁶ o, en su caso, a los convenios que regulen esta materia¹⁴⁷.

¹⁴⁶ En este sentido, Ph. W. AMRAM, "Rapport explicatif", *Actes et Documents...*, cit., p. 216.

¹⁴⁷ Téngase en cuenta que los convenios bilaterales en materia de doble nacionalidad de los que es parte España no resuelven expresamente esta cuestión pero sí tratan lo que podríamos denominar su "reverso", es decir, la protección diplomática: quienes se encuentran bajo la "protección" también lo están a la "sujeción". La solución a la concreción de la nacionalidad en estos supuestos gira en torno a dos posibilidades. Por una parte, que la nacionalidad activa sea la de la ley del domicilio. En este sentido, véanse los convenios sobre doble nacionalidad celebrados con Chile, de 24 mayo 1958 (*BOE*, 14 noviembre, art. 3), Perú, de 16 mayo 1959 (*BOE*, 19 abril 1960, art. 3), Nicaragua, de 25 julio 1961 (*BOE*, 2 mayo 1962, art. 3), Guatemala, de 28 julio 1961 (*BOE*, 10 marzo 1962, art. 7), Bolivia, de 12 octubre 1961 (*BOE*, 14 abril 1964, art. 3), Honduras, de 15 junio 1966 (*BOE*, 18 mayo 1967, art. 3) y República Dominicana, de 15 marzo 1968 (*BOE*, 8 febrero 1969, art. 3).

Por otra parte, la segunda opción es que la nacionalidad activa se determine conforme a la ley del país que otorga la nueva nacionalidad. En este sentido, véanse los convenios sobre doble nacionalidad celebrados con Paraguay, de 29 junio 1959 (*BOE*, 19 abril 1960, art. 3), Ecuador, de 4 marzo 1964 (*BOE*, 13 enero 1965, art. 3), Costa Rica, de 8 junio 1964 (*BOE*, 25 junio 1965, art. 3) y Argentina, de 14 abril 1969 (*BOE*, 2 octubre 1971, art. 3).

Residualmente, se utiliza para determinar la nacionalidad activa la ley de la situación. En este sentido, véase el convenio sobre nacionalidad celebrado con Colombia, de 27 junio 1979 (*BOE*, 29 noviembre 1980, art. 4).

Véase, además, la regla especial de determinación de la nacionalidad en caso de duda contenida en el Convenio bilateral con Italia, sobre asistencia judicial, cit.,

Es sintomático que el único punto del citado Convenio de La Haya de 1970 que se ocupa de la nacionalidad incorpore una suerte de generalización de esta vía a todos los supuestos, con independencia de aquélla. Así, el representante del Estado requirente podrá ejecutar la prueba frente a un nacional del Estado representado como al nacional del Estado de residencia o de un Estado tercero, con la única diferencia, apuntada más arriba, de la autorización previa. De manera que, esta opción se convierte en una verdadera alternativa a las comisiones rogatorias al ofrecer, como ya hemos apuntado, ventajas importantes respecto a aquéllas e impedir utilizar la nacionalidad sólo como un "escudo" a la cooperación judicial internacional.

3. Prueba practicada a través de comisarios¹⁴⁸.

Los comisarios se incorporan al Convenio de La Haya de 1970 en el marco de las cesiones mutuas que el texto representa¹⁴⁹, si bien, con anterioridad, esta figura se había incorporado a la práctica de la cooperación judicial internacional de la mayoría de los países de derecho civil a través de la red de convenios bilaterales tejida por el Reino

según el cual se aplicará la ley del lugar de ejecución de la prueba (art. 8).

¹⁴⁸ No debemos olvidar que en el concepto de cooperación judicial que hemos utilizado, sí debe incluirse a los comisarios porque el elemento que caracteriza esta cooperación es que la petición de la prueba provenga, como es el caso, de un órgano judicial, con independencia del ejecutante, pues, en caso contrario, tampoco deberíamos admitir la inclusión en aquél de la prueba ejecutada por funcionarios consulares o diplomáticos. En contra, I. SZASZY, *International...*, cit., p. 646.

¹⁴⁹ Véase, en este sentido, P. GOUGENHEIM, "Convention...", cit., p. 327. Efecto para el resto países: Estado requerido no está liberado *a priori* de una obligación contraria a su legislación "et devant faire le geste effectif de la refuser, de se trouver dans une position désagréable à l'égard de ses partenaires".

Unido¹⁵⁰. En estos convenios no sólo estaban integrados por disposiciones similares a las contenidas en los Convenios de La Haya, a los que el Reino Unido no podía acceder por problemas de su derecho interno, sino que, además, contenían, en la mayoría de los acuerdos, aquellos aspectos que habían sido, tradicionalmente, fuente de discordia entre éste y el resto de los países europeos, como eran la forma especial y los comisarios¹⁵¹.

La figura del comisario parte de la importancia que la voluntariedad tiene en los ordenamientos procesales anglosajones¹⁵², lo

¹⁵⁰ En relación a la red convencional tejida por el Reino Unido, véase B.A. HARWOOD, "Service and Evidence...", cit., pp. 295 y ss. Este autor realiza un análisis pormenorizado de estos convenios.

La importancia de estos Convenios ha llevado a una extensión *sui generis* de los mismos a fin de dar cabida a peticiones de prueba por comisario con países con los que no existe ninguna relación convencional, como ha ocurrido con la sentencia en el asunto Profarmaco, cit., en la que el peticionario (Canadá) ni es parte del Convenio de La Haya de 1970 ni tiene convenio bilateral con Italia.

Sin embargo, no debemos olvidar que la figura del comisario no es completamente ajena a la tradición de algunos países de derecho civil. Baste recordar, por ejemplo, la figura del comisario utilizada en la práctica francesa. A este respecto, véase, E.M. MEIJERS, *Etudes d'Histoire du Droit international privé*, Centre national de la Recherche scientifique, París, 1962, pp. 23 y ss. En este supuesto el juez comisario aplicaba, al igual que ocurre en el texto de 1970, la *lex fori* del Estado requirente, el *stilus Curiae*.

¹⁵¹ Convenios celebrados con Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Grecia, Italia, Noruega, Países Bajos, Portugal y Suecia. La regla general en el supuesto de los comisarios es la no compulsión, excepto en los Convenios con Alemania, Checoslovaquia e Italia.

Los comisarios son citados como "pérfida" aportación del Reino Unido y de Estados Unidos. En este sentido, ténganse en cuenta E. FERRATER Y JANER, *Código...*, cit., p. 275 (n.p.p. 1); y A. RIQUELME Y GOMEZ, *Elementos...*, cit., p. 314.

¹⁵² Así, por ejemplo, es la base de las fórmulas que el ordenamiento de Estados Unidos establece para la obtención de prueba en el interior y que extiende cuando aquella debe producirse en el extranjero.

Caben distinguir, a este respecto tres tipos de comisiones; en primer lugar, la denominada "by stipulation" (Regla 29 FRCP). Esta consiste en una comisión en la que las partes deciden dónde, cómo y cuándo se practica la prueba mediante acuerdo estipulado. El encargado de la práctica no tiene capacidad para pedir juramento, por tanto, no posee mecanismos de compulsión.

que deja en un uso residual las fórmulas de cooperación judicial utilizables sólo en aquéllos supuestos en los que sea necesario el uso del poder coercitivo y, por ende, la intervención de una autoridad judicial. Esto se traduce en el marco de una prueba situada en el extranjero en no pocas ventajas respecto de las tradicionales comisiones rogatorias: son más rápidas pues no tienen que atravesar el entramado por el que transcurren las comisiones rogatorias y son más útiles porque el comisario conoce el derecho del Estado requirente, ya porque sea el propio juez o el secretario judicial el seleccionado, bien porque lo sea un cónsul o agente diplomático en el Estado requerido, bien porque sea un práctico del Estado requirente que se traslade al Estado requerido para la obtención de la prueba¹⁵³. Para los países de derecho civil, sin

En segundo lugar, la comisión puede practicarse "on notice" (Regla 28 (b)(1) FRCP). Consiste ésta en una notificación para que preste testimonio ante persona autorizada, ya se abogados o notarios. El comisario se elige entre sujetos que poseen cierta cualificación y se encuentran en listado elaborado por funcionarios diplomáticos y consulares conforme a la legislación del Estado requerido. En este caso, el comisario sí puede pedir juramento

Y, en tercer lugar, la comisión puede realizarse "by commission" (28 (b)(2) FRCP). Esta prueba por comisión parte del Estado requirente quien solicita la práctica de una prueba fuera de su jurisdicción. Sin embargo, a diferencia de la anterior, no es el Estado requirente el que designa al comisario sino que éste solicita del tribunal del lugar de situación del material probatorio que sea éste el que designe la persona ante la cual vaya a practicarse la prueba.

Tras la reforma de la Regla 28 de las FRCP el uso de estas fórmulas se reduce, en el caso de la prueba situada en el extranjero, a las dos últimas. Esta podrán utilizarse, bien después de utilizar las opciones contenidas en Convenios o bien, en su defecto, de las "letters of request".

¹⁵³ Sobre los criterios empleados en la selección de los comisarios, véase respecto Reino Unido, W.D. PARK/S.J.J. CROMIE, *International Commercial Litigation*, Butterworths, Londres, 1990, p. 365 y ss.; y H. SMIT, "International Co-operation...", cit., pp. 143-144. En este país, los comisarios se seleccionan entre personas particulares, sin una relación "oficial" con el Estado requirente para evitar el ataque a soberanía y no afectar al Derecho internacional.

Las ventajas que ofrece esta vía de obtención de prueba marcan una tendencia creciente a la aplicación preferente del Capítulo II del Convenio de 1970, pese a que algunos consideren que la no posibilidad de compulsión directa y la posibilidad del establecimiento de condiciones por el Estado requerido le resten utilidad. En este sentido, J.M. SANDMAN, "Gathering...", cit., p. 977; y D. R. SHEMANSKI, "Obtaining...", cit., p. 479.

embargo, inspirados en el principio de oficialidad en el proceso, la voluntariedad no modifica el modo de obtención de la prueba, sólo evita la coerción.

Sin embargo, y a pesar de las ventajas objetivas, el monopolio judicial de la práctica de prueba, unido a la confusión entre el modelo británico y el modelo norteamericano de comisarios¹⁵⁴, dio como resultado la sospecha y la negativa por parte de los países de derecho civil a admitir este tipo de "herejía". Si bien esta posición se matiza a partir de la política de "acercamiento" del Reino Unido a través de sus convenios bilaterales. Así, mientras que el modelo británico admite cierta tolerancia, por su naturaleza privada, el modelo norteamericano se considera contrario a la soberanía del Estado de situación de la prueba y, por tanto, inadmisible¹⁵⁵.

Entre estas ventajas cabe destacar la creación de una vía que resuelve problemas originados por el propio ordenamiento. Así, por ejemplo, en el caso italiano, y, probablemente, aplicable a todos los que utilicen nexo territorial, la recepción de la prueba por una autoridad territorial planteaba problemas cuando había una pluralidad de sujetos requeridos, lo que se ve superado por la "ubicuidad" del comisario. Véase, en este sentido, A. PIERGROSSI, "Assistenza Giudiziaria Internazionale e assunzione di prove dinanzi a *Commissioner*", *RDProc.*, 1995-2, pp. 565 y ss.

¹⁵⁴ En el primer modelo, se otorga prioridad a la protección de los intereses particulares y, consecuencia de ello, los comisarios no poseen una facultad coercitiva. Por su parte, en el segundo, a través de actuaciones de los particulares se protegen intereses públicos, el comisario se considera una especie de agente del poder judicial, con poderes para la imposición de sanciones, aunque sin capacidad para ejecutarlas.

Referido al modelo norteamericano, véanse B. RISTAU, *International Judicial...*, cit., pp. 42 y ss.; y R.L. MARCUS, "Myth and Reality...", cit., p. 3.

¹⁵⁵ Véase R. JAPIOT, "Commissions rogatoires...", cit., apdo núm. 62.

Téngase en cuenta, además, el asunto referido por Hume-Williams & Macklin, *The Taking of Evidence on Commission*, 2nd ed. 1903, p. 58 (citado en P.F. SUTHERLAND, "The Use...", cit., n.p.p.3, p. 377).

Sin embargo, en la práctica la aparente divergencia entre ambos modelos se resuelve con peticiones aclaratorias o complementarias. Así, ocurrió, por ejemplo, en el citado asunto *Westinghouse*, en el que además de requerirse prueba documental se solicitó la práctica de una prueba testifical en la Embajada de Estados Unidos en

Esta confusión, a la que se une la falta de elección del Convenio de 1970 por alguno de estos modelos, condujo a la necesidad de incluir la posibilidad de reservar la aplicación de esta vía de obtención de prueba (art. 33). Así, cabrá, bien la reserva total, como es el caso de Dinamarca, Portugal y Venezuela, o la reserva parcial, como la realizada por Alemania según la cual sólo se admite el uso de los comisarios cuando los requeridos no sean de nacionalidad alemana. Además de la reserva, a fin de controlar el contenido de la prueba por comisarios se ha establecido la necesidad de requerir una autorización previa (art. 17. a)), salvo declaración en contrario¹⁵⁶, y limitar su ejecución en las condiciones establecidas en dicha autorización (art. 17. b)).

La petición para la autorización previa debe ir acompañada de la designación de un comisario por el juez del Estado requirente¹⁵⁷. Cabe,

Londres. A diferencia de la prueba documental, la prueba testifical se consideró ajustada al Act de 1975 y al Convenio de La Haya. No obstante fue necesario la declaración de las autoridades norteamericanas sobre la vinculación de la prueba a un proceso ("...for actual use at the trial (...) in connection with the presentation of then case..."). Sobre los avatares de esta prueba por comisarios, véase R.T. MERHIGE Jr., "The Westinghouse Uranium Case: Problems Encontered in Seeking Foreign Discovery and Evidence", *I.L.*, vol. 13, 1979, pp. 19-33.

¹⁵⁶ Para el resto de países véanse las declaraciones al Convenio en *Guía Práctica...*, cit., pp. 308 y ss.

Además, debe tenerse en cuenta que Checoslovaquia somete a condición de reciprocidad el uso de los comisarios para la obtención de prueba, tal vez porque su ordenamiento sí incluye la "amenaza" en la comunicación para la comparecencia ante el comisario. En este sentido, W.D. PARK/S.J.J. CROMIE, *International...*, cit., p. 354.

¹⁵⁷ Véase la sentencia en el asunto Stanadyne Automovile e al. c. a.w M. Traverso, cit. *supra*.

Téngase en cuenta, además, L. FUMAGALLI, "Brevi note...", cit., p. 496.

En algunos casos, como el planteado por el ordenamiento francés, se exige que en la petición consten las razones para la elección de esa vía para la práctica de la prueba, así como los criterios que el Estado requirente utilizará para designar comisario, lo que se deberá comunicar, al menos con 45 días sobre la fecha en la que pretende practicarse la prueba. En este sentido, véase "Documentación presentada por Francia como *Amicus Curiae* del caso Aerospatiale", *ILM*, 1986, pp. 1534 y ss. (esp. referido a la prueba por comisarios, pp.1537 y ss.).

sin embargo que el Estado requirente señale las características que debe reunir el comisario y sea el Estado requerido quien concrete su elección. Asimismo, debe contener una descripción de las funciones que debe desarrollar el comisario en el Estado requerido. Por ello deberá constar en la petición el contenido de la comisión, los límites, la modalidad por la que se ha optado¹⁵⁸ y el objeto de la prueba que debe ejecutarse en el territorio del Estado requerido¹⁵⁹.

Como ya hemos señalado, la figura del comisario se apoya, de una parte, en la voluntariedad y, de otra, en la consideración del juez como un mero árbitro entre las partes. Lo que concede a éste un amplio poder de maniobra en la recolección de materiales para la instrucción del proceso, principios que tradicionalmente no han formado parte del derecho procesal de los países de derecho continental. Es en este contexto donde se plantea el siguiente problema: ¿qué calificación jurídica debemos dar a un sujeto designado por el juez para la práctica de una prueba en el extranjero, con anterioridad al proceso?.

Un primera aproximación precisaría de una mayor concreción sobre el objeto de la prueba, esto es, si se trata de la práctica de una prueba, *stricto sensu*, o si el objeto de la tarea encomendada es la

¹⁵⁸ Las "comisiones" pueden ser cerradas o abiertas. Las primeras se refieren a la propuesta por el comisario de una serie de cuestiones escritas que debe contestar el testigo, mientras que las segundas, el comisario tiene libertad para formular aquellas cuestiones que considere oportunas a los sujetos requeridos. La selección de una u otra dependerá de las cantidades que las partes estén dispuestas a destinar a la comisión. Véase, en este sentido, "Informe Comisión especial 1968", *Actes et Documents de la onzième session...*, cit., p. 69.

¹⁵⁹ Véase Corte di Appello di Roma, decreto de 21 abril 1995, en el asunto Antonelli, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995-3, pp. 753 y ss. En este supuesto el comisario es nombrado para la práctica de prueba que deberá incorporarse al proceso en Estados Unidos en el asunto Fashion Boutique of Short Hills Inc. c. Fendi USA y Fendi Stores Inc., Nueva York, de 5 agosto 1994.

obtención de información. En el primer caso, parece claro que conforme a lo señalado anteriormente, nos encontraríamos ante una actuación jurisdiccional extraterritorial que requeriría bien de la existencia de un cobijo convencional bien de la autorización del Estado requerido; en el segundo caso, el problema es mayor porque ha de establecerse la diferencia entre "prueba" e "información"¹⁶⁰.

Nos encontraríamos ante un supuesto de obtención de prueba cuando la función del sujeto designado sea la de la práctica anticipada de la prueba¹⁶¹. La mera información debe relacionarse con la obtención de ciertos datos a fin de adoptar, por ejemplo, una medida de aseguramiento de prueba o de una medida cautelar, *lato sensu*. El primero sí puede atacar la soberanía del Estado requerido mientras que el segundo es más dudoso¹⁶².

¹⁶⁰ Este argumento ha sido utilizado por la jurisprudencia norteamericana para excluir la "mera información" de la aplicación del Convenio de La Haya de 1970. En este sentido, véase la sentencia en el asunto *MacLaughlin v. Fellows Gear Shaper Co.*, 102 FRD 956 (ED Pa 1984, citada en J.M. BETTI, J.M., "Reconciling...", cit., p. 138); y las reflexiones sobre estas cuestiones contenidas en el Capítulo III de este trabajo.

¹⁶¹ Véase por ejemplo, la sentencia inglesa en el asunto *CFEM v. Bovis*, cit. *supra*. En esta resolución el demandante solicita una "interim order" para nombramiento peritos que deberán no sólo realizar peritaje sino, además recoger testimonios y documentos. Para la adopción de la "interim order" se utiliza el Convenio de Bruselas. Pero, en aplicación de este mismo texto, la petición del demandante no podría ejecutarse por ser contraria al orden público británico (*ex art. 27.3* Convenio de Bruselas), ya que afectaría a terceros ajenos al proceso.

¹⁶² Véase P.A. ROSENFELD, Nota a la sentencia en el asunto *Soc. Luxguard c. Soc. Sitrac et al*, *La Semaine Juridique*, cit., *supra*. En ésta se señala que el simple hecho de ordenar una medida de instrucción que debe ejecutarse en el extranjero "est de nature à porter atteinte à la souveraineté de cet Etat". La posibilidad de producirse incidentes en la ejecución es suficiente. Sin embargo, caben dudas en cuanto a la calificación de un peritaje como mera información ya que a partir de ésta podrán adoptarse por los tribunales del Estado requirente. Y, en último extremo utiliza el argumento de que conforme al *Recueil pratique des conventions*, p. 30, señala que cualquier persona privada que se constituye como "mandataria" de forma no regular y actúa *ad extram* comete un acto de violación de la soberanía. Todo lo cual, a nuestro juicio, es una valoración excesivamente formalista. Tal vez fuese empezar a que los

En segundo lugar, debería detallarse si el sujeto designado lo ha sido por las partes o si ha sido el juez del Estado requirente a instancia de parte. La diferencia entre estos supuestos radicaría en que en la primera hipótesis el designado, generalmente un perito, actúa en interés de parte, por tanto, sin ningún apoyo judicial¹⁶³ y el material que obtengan podrá servir de base para la interposición de una demanda o, en su caso, para acompañarla. En el segundo supuesto, el designado actúa con cobertura judicial, con independencia de que esta circunstancia le confiera poder alguno, y ello plantea el problema de si debe considerarse como un "delegado" judicial o, si, por el contrario, se trata exclusivamente de un actuario privado de la primera hipótesis en el que el elemento que ha variado es exclusivamente el sujeto que le ha elegido.

En la ejecución de la prueba tendrán en cuenta los límites establecidos por el Estado requerido en la autorización. Límites que podrán depender de la modalidad por la que se haya optado, cerrada o abierta. Los medios de prueba que pueden utilizarse se determinarán a partir de la *lex fori* del Estado requirente, salvo que estén prohibidos por la ley del Estado requerido o sean incompatibles con ella (art. 21. a)). Esta incompatibilidad debe diferenciarse de la contenida en el art. 9 y referida a la forma especial. Mientras que el art. 9 del Convenio se refiere a una incompatibilidad formal del medio de prueba con la ley del Estado requerido, el art. 21 del Convenio se refiere a la incompatibilidad material de la ejecución del acto con la ley misma, incluso a la

juristas de los países del derecho civil tuviesen en cuenta el valor de la voluntariedad de la prueba y la distinción de las consecuencias en los supuestos en los que se pueda ver afectado un interés público o en aquéllos en los que, exclusivamente, se verían afectados intereses privados, como es, a nuestro juicio, el caso.

¹⁶³ Véanse las Sents TS, de 29 enero 1988, de 9 marzo 1991 y de 29 noviembre 1993 cit. *supra*; y G. OROMAZABAL SANCHEZ, Nota a las mismas, *RGD*, julio-agosto 1995, pp. 8721 y ss.

Constitución, y no al medio de prueba elegido¹⁶⁴.

En este sentido, la compatibilidad entre la modalidad de ejecución y la ley del Estado requerido debe tener en cuenta que aquélla no debe suponer una disminución de los derechos de defensa de las partes o de terceros previstos en la ley del Estado requerido¹⁶⁵, porque el objetivo de la prueba ejecutada por comisarios es la economía de tiempo y recursos sin menoscabo de otros intereses. Así, podrán invocar las mismas excepciones previstas en el art. 11 del Convenio (art. 22, e)¹⁶⁶. La asistencia letrada opcional acerca la obtención de la prueba por este cauce a los actos de jurisdicción voluntaria.

En último lugar, nos hemos referido a la elección de los comisarios bien entre funcionarios consulares o diplomáticos, bien entre prácticos. Existe, sin embargo, un supuesto especial en el que el comisario que se designa es el propio juez que conoce del litigio en el que se debe incorporar la prueba obtenida. Esta práctica es más habitual

¹⁶⁴ Véase la sentencia en el asunto Antonelli, cit. *supra*.

¹⁶⁵ En este sentido, sentencia en el asunto Stanadyne Automovile e al. c. a.w. M. Traverso, cit. *supra*.

¹⁶⁶ A este respecto, véase la Respuesta Ministro de Justicia francés, de 29 septiembre 1980 a la Asamblea nacional sobre la incidencia de la norma de bloqueo de 1980 en la actividad de los bufetes de abogados que operan en varios Estados, *Rev. crit. dr i. pr.*, 1981, pp. 574-575. En ésta se señala la prohibición de la obtención prueba, en especial por comisarios, fuera marco del texto de 1970, sin control de un tribunal.

Por otra parte, la ley 1980 excluye información para procedimientos judiciales o administrativos pero no en la relaciones mercantiles internacionales ni limita relación abogados "internacionales" con sus clientes, salvo que esta información afecta a la soberanía, seguridad o intereses económicos esenciales de Francia o a su orden público, determinado este ataque por la autoridad administrativa.

Téngase en cuenta, además, R.T. MERHIGE Jr., "The Westinghouse Uranium Case...", cit., *supra*, p. 24.

en procesos penales¹⁶⁷. La Comisión Especial señaló que este supuesto está excluido del art. 18 y que debe reconducirse a través de los artículos relativos a la comisión rogatoria¹⁶⁸.

A. La prueba practicada por comisarios en el ordenamiento español, en ausencia de Convenio que desarrolle las prescripciones del Convenio de La Haya.

Que nuestro país no haya hecho la reserva a la aplicación del Capítulo II del Convenio de La Haya de 1970 no significa que no surjan dudas sobre la aplicación de esta especialidad. Se plantearía, en primer lugar, por el modo de designación de los comisarios, la cuestión de si los comisarios deben ser elegidos por las autoridades españolas o si, por el contrario, se admite la designación por las autoridades del Estado requirente. Además, en segundo lugar, sería necesario determinar la compatibilidad de esta forma de obtención de prueba con nuestro ordenamiento (art. 21, a) Convenio de La Haya de 1970).

Sobre la primera duda anteriormente planteada, España no exige la autorización previa para la práctica de la prueba en esta modalidad, por lo que no puede establecer condiciones que afecten o puedan afectar a la persona designada o designable. Será, por tanto, la autoridad del Estado requirente la que, en consideración a una mayor utilidad de la prueba, designará al comisario. En esta designación, además del nombre de éste deberán contenerse indicaciones similares a las del art. 3 del Convenio de 1970 (identidad de los intervinientes y, en su caso, de los

¹⁶⁷ Véase la sentencia en el asunto *Sorge v. City of New York et al.*, cit., *supra*.

¹⁶⁸ En este sentido, "Informe Comisión Especial de 1968", *Actes et Documents de la onzième session...*, cit., p. 69.

testigos, exposición sumaria del litigio en el Estado requirente, pruebas que pretenden ejecutarse, forma especial, documentos a examinar) así como realizarse en el idioma del Estado requirente o ir acompañada de traducción, si bien se establece una regla especial para el supuesto de que el sujeto requerido sea nacional del Estado requirente, en cuyo caso la citación podrá hacerse en la lengua oficial del Estado requirente, sin que ello afecte, sin embargo, al resto de contenido de la petición que deberá cumplir la regla general (art. 21. b) Convenio 1970).

Generalmente el juez designante tiene en cuenta que el objetivo principal de esta especialidad es agilizar, sin menoscabarlo, la obtención de un material probatorio situado en el extranjero para la instrucción o la resolución de un litigio planteado ante él. Es por ello que se tiene en cuenta la cualificación del comisario para su designación. Cabe, sin embargo, que sea el propio juez, a fin de respetar el principio de inmediación procesal, el que se autodesigne comisario y se desplace al Estado requerido para la práctica de la prueba, ya que no existe ningún límite en este sentido. Ello no supondrá, en ningún caso, que despliegue todas sus facultades para el desempeño de su potestad jurisdiccional, es decir, no podrá actuar coactivamente en el Estado requerido sino que tendrá que acudir a las autoridades del Estado requerido para que les auxilien o bien utilizar la "sugestión" de las posibles sanciones o desventajas que pueden sufrir en el Estado requirente, especialmente las partes o terceros con un interés directo en el proceso.

La cuestión es saber si el uso de esta vía para la obtención de prueba puede ser utilizada no sólo por aquellos países pertenecientes a la tradición continental sino también, por ejemplo, por los tribunales españoles. Para los primeros, el comisario se considera como un auxiliar de la justicia que actúa, según los ordenamientos, en interés público o

puramente privado.

En primer lugar, nuestro ordenamiento sólo reconoce la posibilidad de cooperación judicial entre órganos judiciales técnicos, lo que podría calificarse como cooperación judicial propia y no entre éstos y los jueces legos, como sería el caso de los jueces de paz, que podría calificarse como cooperación judicial impropia, ya que de hacerse así, estas actuaciones realizadas al amparo de ésta deberán ser consideradas nulas¹⁶⁹. Sin embargo, en el caso de que la prueba se refiera a un proceso pendiente en el extranjero, la validez o no de la delegación y el valor de las actuaciones que se hayan llevado a cabo deberá determinarse no conforme a nuestra *lex fori*, sino conforme a la ley del Estado requirente.

En segundo lugar, sólo son considerados como colaboradores o auxiliares de la Administración de Justicia los abogados, policía judicial y representantes legales de las Administraciones central y autonómica (arts. 436 y ss LOPJ). Si bien esta relación se ampara en que cada uno de estos auxiliares actúe de acuerdo con las atribuciones definidas para cada uno de ellos. No obstante, también se considera a los peritos como auxiliares del juez¹⁷⁰ cuando éste necesita una información adicional y especializada para adoptar una decisión¹⁷¹.

En nuestro caso, estos auxiliares no realizan función jurisdiccional

¹⁶⁹ Véase Sent.AP Teruel, de 21 de enero 1995, *AC Audiencias*, 1995-16, núm. 1367.

¹⁷⁰ Véase, en este sentido, Sents. TS (Sala 1ª), de 31 marzo 1967, *RAJ*, 1747; y de 30 marzo 1984, *RAJ*, 1472.

¹⁷¹ Como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de los arts. 129 y ss. de la Ley de Patentes y del art. 127.4º de la Ley de Propiedad Intelectual.

alguna sino que, en unos casos, coadyuvan a la tutela judicial de los derechos (abogados) o colaboran con la mayor eficacia de las decisiones judiciales (policia judicial). Lo mismo ocurre en el caso de los peritos. La cuestión que se nos plantea es que, puesto que estos últimos colaboran pero no actúan como órganos jurisdiccionales, si el juez español que necesitase de una información pericial cuyo objeto se encontrase situado en el extranjero deberá utilizar la vía del comisario o si, por el contrario, podrá enviar directamente al perito para que realice el peritaje en el Estado requerido¹⁷².

Se plantea el problema de la calificación jurídica del actuante, es decir, según el derecho español, el técnico que actúa en el extranjero es un perito, pero si aplicásemos la definición que de comisario hace el art. 17 del Convenio de La Haya de 1970 aquél entraría plenamente en ésta. Sin embargo, a diferencia del comisario del "common law", el perito no ejecuta ninguna prueba, ni tiene que actuar conforme a nuestras normas procesales, sino conforme a las de los conocimientos técnicos o científicos por los que se le han designado¹⁷³. Esta diferencia no obsta para que, incluso en estos supuestos, se considere atacada la soberanía territorial, por lo que es aconsejable el uso de la prueba ejecutada por comisarios para la práctica de la prueba pericial, requerida por el juez, para evitar posibles conflictos diplomáticos, salvo que admitiésemos la posibilidad de que existiese un consentimiento tácito por parte del Estado requerido.

¹⁷² Contrástanse las sentencias en los asuntos Soc. Luxguard c. Soc. Sitraco *et al.*; y CFEM v. Bovis, citadas.

¹⁷³ En contra, véase la Nota a la sent. Luxguard, G. COUCHEZ, cit., *supra*: no puede considerarse el peritaje como "meramente técnico" y, por tanto, inocuo porque se destina a la jurisdicción francesa que lo podrá utilizar para adoptar decisiones.

Admitida la posibilidad de utilizar por nuestros jueces la vía de los comisarios, con los condicionamientos propios de nuestro ordenamiento, es decir, limitada a la prueba pericial, un segundo problema que se nos plantea, y este de mayor empaque, es resolver si es admisible en nuestro Derecho la ejecución de una prueba por un sujeto extranjero en nuestro territorio cuando nuestro texto constitucional proclama la exclusividad de los jueces y magistrados en el desempeño de la potestad jurisdiccional (art. 117.3º CE)¹⁷⁴.

No puede utilizarse el argumento de que si no se ha reservado o si no se exige autorización previa debe entenderse compatible la prueba por comisarios con la legislación del Estado requerido. La razón de que no se hayan fijado exigencias previas puede responder al desconocimiento del significado y la transcendencia de esta posibilidad¹⁷⁵. De otro modo no se entendería que España declarase, antes del inicio de las negociaciones sobre el Convenio de La Haya de 1970, la contraposición entre la soberanía judicial y la audiencia de testigos por juristas extranjeros, lo que debe entenderse como una declaración inicial de incompatibilidad con nuestro ordenamiento. Admite, sin embargo, la posibilidad de realizar actos extrajudiciales para la obtención de prueba ante notarios tanto para el interrogatorio de testigos como de las partes. Este segundo supuesto nada tiene que ver con el que nos interesa de los comisarios: se trata de la posibilidad de la preconstitución de una prueba

¹⁷⁴ Para los problemas de constitucionalidad de la prueba practicada por funcionarios diplomáticos o consulares, véase, entre otros, R. GEIMER, "Konsularische Beweisaufnahme", en *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht. Festschrift Matscher*, Viena, 1993, pp. 133 y ss.

¹⁷⁵ Lo mismo que le ocurrió a Estados Unidos que se enfrentó con pocos instrumentos y una excesiva confianza a un problema que, como se ha demostrado, era mucho más complejo que la "dorada cooperación" en materia de notificaciones. En este sentido S.B. BURBANK, "The Reluctant Partner...", cit., p. 134.

testifical o de confesión previa al proceso¹⁷⁶. Es evidente, por tanto, que la posición anterior y posterior a la negociación del Convenio no despeja ninguna duda sobre la compatibilidad o no de la prueba por comisarios con nuestro ordenamiento, es más, incluso aunque la respuesta fuese positiva cabe que no lo sea en un caso concreto (art. 21.a) Convenio de La Haya de 1970).

Tampoco sería asumible el argumento de entender que puesto que esta posibilidad se admite en el Convenio bilateral con el Reino Unido deba entenderse extendida a cualesquiera supuestos, pues crea un régimen propio y exclusivo, que condiciona al reconocimiento de esta figura por el Estado peticionario. Es decir, a diferencia de la posibilidad de extensión que hemos apuntado permitiría el Convenio de La Haya de 1970, sólo se permite su uso cuando así lo prevea el ordenamiento nacional, lo que excluiría el uso de esta vía para España.

Por tanto, nos encontramos como al principio, sin respuesta a la cuestión sobre la admisibilidad de que en nuestro territorio un sujeto, que no pertenece a nuestro poder judicial, ejecute un acto asumible dentro de la potestad jurisdiccional para su integración en un procedimiento abierto en el extranjero. Tengamos en cuenta, en primer lugar, que el comisario, salvo en el supuesto de que sea un juez del Estado requirente, no adopta ningún tipo de decisión sino que es un mero ejecutor de una tarea que le ha sido encomendada; en segundo lugar, carece de cualquier tipo de medio coactivo, a excepción del que puedan prestarle los tribunales del Estado requerido (art. 18, pfo. 2º) y que sólo puede desempeñar su labor

¹⁷⁶ De lo que se trata no es de la obtención de una prueba sino de la preconstitución de la misma en la que, a diferencia de aquélla no se exige el respeto de los principios procesales de igualdad y contradicción. En este sentido, véase, por ejemplo la Sent. francesa en el asunto *Lavie v. Dame Lavie*, cit., *supra*.

cuando voluntariamente se comparezca ante él para testificar, practicar una prueba de confesión o producir los documentos requeridos.

La exclusividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional se predica respecto de la capacidad para la adopción de decisiones sobre el fondo, en primer lugar, y, en segundo lugar, para que esas decisiones sean ejecutadas conforme a lo dispuesto en ellas. Parece, por tanto, que si no hay esta facultad para la adopción de decisiones, ni de utilizar medios de compulsión para ejecutar lo juzgado, nos encontraríamos, al menos, en una situación de no cuestionamiento de aquélla.

La ventaja del uso de esta vía sobre la extensión extraterritorial del propio derecho, además de que la una es admisible para el derecho internacional y la otra es más que dudoso que lo sea, consiste en que las autoridades del Estado requerido pueden controlar el respeto a que la prueba sea practicada con todas las garantías, por ejemplo, con asistencia letrada (art. 19 Convenio de La Haya de 1970), protección del interés público con la intervención del Ministerio Fiscal¹⁷⁷ y uso de sus normas de exclusión de testificar (art. 21, e) Convenio de La Haya de 1970).

B. La prueba practicada por comisarios en aplicación del Convenio bilateral con el Reino Unido de 1929.

La primera condición que establece el Convenio con Gran Bretaña para la práctica de prueba por comisarios es que el Estado requerido reconozca este procedimiento (art. 9 del Convenio bilateral). Esta prueba deberá solicitarse mediante exhorto en el que se contendrán las

¹⁷⁷ Art. 1 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (*BOE*, 13 enero 1982). Téngase en cuenta que, además, entre las funciones de éste se encuentra su intervención en la promoción de la cooperación judicial internacional (art 3. 14º).

características que debe reunir el candidato, designado por el tribunal competente del Estado requerido, sin embargo, a la práctica de la prueba se le aplicará el derecho del Estado requirente (art. 9. e) del Convenio bilateral) y, salvo que se practique a un nacional del Estado requirente, se hará en el idioma del Estado requerido o bien con traducción a éste, mientras que al procedimiento de ejecución deberá realizarse conforme a la ley del Estado requerido (comparecencias, abogados...). Puesto que no está investido de autoridad pública la prueba ha de contar con la comparecencia voluntaria, salvo que se requiera la ayuda de las autoridades del Estado requerido, únicas competente para utilizar métodos coercitivos.

Al igual que ha ocurrido en la mayor parte de Estados parte del texto de 1970, este Convenio completa la genérica formulación de aquél, que como señalamos, responde a la distinta concepción del "comisario" dentro de los países "common law" y permite que, en el supuesto de que se solicitase la práctica de una prueba semejante, nuestras autoridades puedan conocer el modo de hacerlo, ya que, de otro modo, nuestro ordenamiento no prevé regla alguna lo que supondría que admitida esta prueba, ya que no se ha excluido esta posibilidad (art. 33, pfo 1º Convenio de La Haya de 1970). Y generada una apariencia de tutela, ésta se frustraría por la ausencia de normas que regulasen el modo de ejecutarla.

CONCLUSIONES

I. La delimitación del objeto de la cooperación judicial internacional a la notificación y a la obtención de prueba en el extranjero -que incluiría, además, la información sobre el derecho extranjero cuando el juez del Estado requirente utilice los cauces de la cooperación y pida a las autoridades del Estado requerido, judiciales o no, que le informen sobre la vigencia, alcance y contenido del derecho del Estado requerido- tiene por objeto diferenciar situaciones que asentadas sobre el principio general de la cooperación, es decir, de la cooperación en la realización de la justicia, por su mayor incidencia en las relaciones jurídicas y su mayor peso específico (*exequatur*), ya que su tratamiento conjunto pudiera relentizar y entorpecer la eficacia de la petición de cooperación, *stricto sensu*.

II. El legislador español a la hora de formular el denominado "régimen común" de cooperación jurisdiccional internacional, es decir, el régimen que se aplica en defecto de norma convencional, sólo tuvo en cuenta este aspecto residual y olvidó, sin embargo, aquél que sirve a los objetivos convencionales, dando respuesta a las cuestiones para cuya solución el convenio se remite al ordenamiento autónomo de los Estados parte, que de no ser así puede obstaculizar o neutralizar aquellos objetivos, como lo han puesto de manifiesto la sucesión de reformas de los regímenes autónomos de algunos de los Estados parte del Convenio de La Haya de 1970. La posibilidad de la aplicación analógica de las normas internas a los supuestos de cooperación, si suficiente para solución de algunas cuestiones, resulta poco pedagógica porque desincentiva la aplicación del régimen de cooperación, sea autónomo o convencional, y conduce a la aplicación omnicomprendensiva de la *lex fori*, con la que los tribunales están mucho más familiarizados.

III. La elección por el Convenio de La Haya de 1970 de los principios de tolerancia y utilidad como base para la obtención de prueba ha supuesto, por una parte, un estímulo para la revisión de la vía clásica de cooperación, como es la comisión rogatoria. Este texto no sólo ha limitado los supuestos de inejecución a aquellos que razonablemente puedan supeditar los intereses privados a intereses públicos, como es el caso de la soberanía y seguridad, sino que, además, estimula la aplicación de posibilidades que mejoran la utilidad de la prueba obtenida, como es la introducción de las Autoridades Centrales, las forma especial o la necesaria urgencia en la tramitación. Por otra parte, el Convenio de 1970 ha supuesto, además, un reto porque hace necesario el entendimiento entre tradiciones jurídicas distintas, lo que identifica la naturaleza dinámica del texto que exige de un continuo reequilibrio entre ambos principios.

IV. Los principios que marcan la pauta de las relaciones entre el Convenio de La Haya de 1970 y los derechos autónomos, de una parte, y, de otra, con otros textos convencionales concurrentes en la resolución de un mismo caso, se identifican, respectivamente, con la prioridad del Convenio de La Haya -que rompe con la tradicional incuestionabilidad de la exclusividad de los Convenios sobre procedimiento civil de La Haya (1896, 1905 y 1954) como consecuencia de la convivencia en los nuevos Convenios sectoriales, a partir de 1965, de Estados de tradiciones jurídicas distintas- respecto de los ordenamientos nacionales y con la especialidad como criterio de aplicación frente a otros textos internacionales aplicables.

V. No es baladí que la quiebra de la exclusividad del Convenio de La Haya de 1970 haya venido de la interpretación que hacen los tribunales federales norteamericanos de la literalidad de aquél,

interpretación que, sin embargo, no coincide con la de algunos de sus tribunales estatales. Tenemos, por tanto, como primer elemento que condiciona la interpretación un problema de relaciones Federación/Estados que no sólo se manifiesta *ad intram* sino que se extiende *ad extram*. Otro de los elementos a considerar es la desconfianza que genera un sistema de cooperación elaborado a partir de una tradición jurídica distinta a la propia a pesar de que se hayan incorporado instituciones consideradas como fundamentales en el ordenamiento propio. Tampoco debe despreciarse el elemento secundario de la precipitación con la que actuó la delegación de Estados Unidos, bajo los efectos de la euforia de los resultados del Convenio sobre notificación de 1965 y que impidió, tal vez, valorar con la suficiente profundidad los efectos que el Convenio produciría sobre el ordenamiento norteamericano. De la suma de todos estos elementos resulta una fuerza centrífuga que evitaría, en lo posible, la aplicación del propio Convenio. A pesar, por tanto, de que el debate de la no-exclusividad del Convenio surge en un contexto muy determinado que no debe empañar la aplicación del Convenio de 1970, aunque, sin duda, deba ser tenido en cuenta, la fuente de donde surge la discordia es lo suficientemente poderosa como para forzar una declaración expresa sobre la naturaleza del Convenio, apoyada en la propia ambigüedad conciliadora de éste.

VI.1. Respecto de su relación con otros textos internacionales, es incuestionable que deben regir las reglas aplicables a los supuestos de concurrencia de Convenios establecidas por el Derecho de los Tratados, así como por las reglas que establezca cada Convenio para regular sus relaciones con otros textos internacionales. Resulta especialmente estimulante esta cuestión si admitimos la posibilidad de aplicar el Convenio de Bruselas a la obtención de prueba en el extranjero, limitada, eso sí, a la aportación por las partes en el litigio y con exclusión de la

prueba requerida a un tercero. Es evidente que el Convenio de Bruselas se desplaza a favor de los Convenios especiales (art. 57) pero no debemos despreciar el hecho de que éste contenga determinadas opciones que de ser aplicables a la prueba supondrían normas menos restrictivas que facilitarían o agilizarían la prestación de la cooperación, bien porque reducen los tiempos de transmisión al permitirse la remisión directa del interesado al tribunal encargado de la práctica de la prueba, quien, en su caso, lo transmitiría de oficio al competente, bien porque se reducen ciertos requisitos formales (traducción).

VI.2. No obstante, defender esta posición no supone que no se respete el citado principio de la especialidad, más bien todo lo contrario. El Convenio de La Haya (art. 27) se desplaza en favor de los regímenes autónomos, con independencia de la fuente nacional o convencional de la que emanen sus normas, cuando mediante declaración se admita la transmisión de la comisión rogatoria por cauces distintos a los establecidos en el art. 2 del propio Convenio (art. 27. a)), pero sin que ello sea necesario para aplicar las condiciones más ventajosas para la cooperación que establezca su ordenamiento (art. 27.b)) o medios (vías para la obtención de prueba) de prueba distintos a los previstos por el Convenio (art. 27.c)).

VII. La prueba no sólo es un instrumento para lograr la convicción del juez sobre la existencia de un hecho alegado por alguna de las partes sino que su objetivo principal es la de alcanzar la corrección de la decisión. Por ello la prueba no se identifica con un momento temporal determinado -puede realizarse con anterioridad a un proceso para poder acceder a él o bien como refuerzo a las pretensiones hechas en la demanda- ni con el desarrollo de una actividad determinada sino con la relación que ésta tenga con el *thema decidendi*. Así, nos

encontraremos ante una prueba cuando exista una actividad conducente a establecer la existencia de alguno de los aspectos, principales (demanda) o accesorios (prueba, *stricto sensu*) de la cuestión sometida a la decisión judicial. Para ello todos los ordenamientos, bien *ex ante*, como es el caso de los países de derecho civil, bien *ex post*, identificado con el uso de la "discovery" en los países del "common law", establecen filtros para que sólo aquel material que sirva para demostrar aquella existencia tenga acceso a la valoración del juez y pueda influir en su decisión.

VIII. La inclusión de las medidas de aseguramiento de prueba responde a esta necesidad de corrección en la decisión. Evidentemente, éstas no influyen en la convicción judicial pero permiten mantener una situación hasta que pueda practicarse la prueba para que, ahora sí, pueda actuar sobre la decisión judicial. No es menos cierto que, sin embargo, la medida de aseguramiento de prueba más extendida es la prueba anticipada, que, en el fondo y en la forma es una prueba, *stricto sensu*, si bien adelantada su práctica por la existencia de ciertas circunstancias objetivas que aconsejan su práctica anticipada. Ello no debe, sin embargo, ignorar la posibilidad de adoptar medidas que eviten la desaparición o la alteración de material probatorio sin que sea necesaria la práctica anticipada (*i.e.* depósito judicial).

IX.1. Paralelamente al incremento de los intercambios internacionales y su repercusión en el aumento de los litigios con elemento extranjero, los textos de La Haya han ido incorporando progresivamente y corrigiendo las vías útiles para la obtención de prueba en el extranjero a fin de que, al mismo tiempo que se garantiza la utilidad de la prueba obtenida, ésta se ejecute con el menor coste posible, en tiempo y dinero, sin olvidar el respeto a posibles intereses del Estado

de situación de la prueba o Estado requerido. La vía que mejor combina todos estos factores es, sin duda, la comisión rogatoria, pero no es menos cierto que, tradicionalmente, ha presentado ciertos inconvenientes que permitirían su utilización táctica en el proceso a fin de dilatarlo o de producir un perjuicio a la contraparte. Para corregir estos inconvenientes cabrían bien la creación de las correcciones necesarias para disuadir de este uso táctico; o bien, la creación de alternativas a las comisiones rogatorias.

IX.2. Esta última solución ha sido la que ha imperado a partir del Convenio de la Haya de 1905, en el que se introdujo la posibilidad de la práctica de la prueba por funcionarios diplomáticos, corregida en el texto de 1954. Sin embargo, el Convenio de 1970, mucho más ambicioso ha sumado ambas alternativas a fin de que la elección entre una u otra no se haga con base a eludir defectos sino en razón de las ventajas que puedan ofrecer. Así, podrán utilizarse las vías alternativas a la comisión rogatoria porque ofrecen mayor agilidad y menores costes, pero necesita de la concurrencia de la voluntad del Estado requerido y de los requeridos para la ejecución de la prueba quienes, por el hecho de participar voluntariamente en éstas, no renuncian a las garantías procesales de asistencia letrada o de oposición a la práctica por existir alguna excepción relativa al secreto profesional o al deber de confidencialidad, por ejemplo. Ni quienes utilizan esta vía para la obtención de prueba, renuncian a la posibilidad de utilizar la vía de la comisión rogatoria si los resultados no son los deseados.

X. Evidentemente, una de las innovaciones en la reforma emprendida por el Convenio de 1970 es la incorporación de los comisarios en la práctica de la prueba en el extranjero como una concesión a los países del "common law" a cuya tradición pertenecen,

especialmente, porque ya formaba parte de las normas convencionales bilaterales de la mayor parte de los Estados parte tras la política de aproximación de Gran Bretaña para reducir los recelos del resto de países europeos a partir de los años 20. Pero es, sin duda, la revisión de las comisiones rogatorias la que mayor alcance supone por el firme propósito de romper con las críticas dirigidas, sobre todo desde los países del "common law" con la introducción de correctores que eviten su pérdida de efectividad. Pues si bien la posibilidad de la práctica de prueba en el extranjero por agentes consulares, diplomáticos o comisarios no es común para todos los Estados parte -pues algunos no la reconocen y otros lo hacen con ciertos límites- la comisión rogatoria existe en todos los ordenamientos, con una desigual aplicación preferente, en los países de derecho civil, y residual en los anglosajones, motivada por los recelos que genera.

XI. Lentitud y onerosidad han sido la razones que han servido para desplazar la comisión rogatoria hacia su consideración de vía obsoleta y peligrosa, por las desviaciones de las que puede ser objeto. No obstante, si introducimos un órgano que de agilidad a la transmisión (Autoridades Centrales), incluimos la necesidad de su ejecución lo más rápido posible (urgencia), exigimos la necesidad de un perfil preciso del objeto y de los objetivos de la prueba, permitimos la posibilidad de que en su práctica se utilice la misma forma que se emplearía de ser ejecutada en el territorio del Estado requirente, lo que incrementa su utilidad, reducimos las causas de no ejecución y posibilitamos, en algunos casos su subsanación, y permitimos la asistencia de jueces o agentes judiciales en la práctica de la misma, el resultado es mucho más atractivo y, al menos, sobre el papel menos oneroso y lento.

XII. Sin duda, el Convenio de La Haya sobre obtención de prueba en el extranjero no es un texto exento de problemas por su profunda aspiración conciliadora de concepciones jurídicas distintas, lo que le condena a no satisfacer plenamente a ninguna de ellas. Sin embargo, establece, a nuestro juicio, un marco apropiado para la aproximación de posiciones y, como consecuencia de ello, la reducción en los recelos que plantea la posibilidad de la intercomunicación con un ordenamiento extranjero, especialmente cuando se tratan cuestiones procesales tan arraigadas a la ideosincrasia nacional. En efecto, en un mundo interconectado, primordialmente en lo económico, los Estados están compelidos a flexibilizar posiciones rígidas, no sólo por la tolerancia de lo que les ajeno sino por la asunción de aquellas actuaciones realizadas por otros Estados y que pueden resultar enriquecedoras del propio ordenamiento.

FUENTES

I. FUENTES DOCUMENTALES CONSULTADAS

1. Textos internacionales

- Convenios y tratados

a) Convenios multilaterales sobre procedimiento civil y obtención de prueba en el extranjero.

-Convenio de La Haya sobre procedimiento civil, de 14 noviembre 1896, *GdM*, 14 mayo 1899.

-Convenio de La Haya sobre procedimiento civil, de 17 julio 1905, *GdM*, 30 abril 1911; corr. de err., 4 junio 1911.

-Convenio de La Haya relativo al procedimiento civil, de 1 marzo 1954, *BOE*, 13 diciembre 1961.

- Convenio de La Haya sobre supresión de legalización de documentos públicos extranjeros, de 5 octubre 1961, *BOE*, 25 septiembre 1978.

-Convenio de La Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, de 14 de noviembre 1965, *BOE*, 25 agosto 1987; corr. de err. 13 abril 1989.

-Convenio de La Haya relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, de 17 marzo 1970, *BOE*, 25 agosto 1987.

-Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, de 30 enero 1975, *BOE*, 15 agosto 1987.

b) Otros textos multilaterales.

- Modelo de texto para acuerdos bilaterales para la cooperación judicial internacional, Comité Consultivo afro-asiático, de 3-10 febrero 1986, *ILM*, 1986-4, pp. 920 y ss.

- Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia, de 23 septiembre 1991 (*ILM*, 1991-6, pp. 1487 y ss.); convalidado tras la decisión del Consejo y la Comisión (95/145/CE,CECA), de 10 de abril de 1995, *DOCE*, núm. L 95, de 27 de abril de 1995.

- Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente, de 21 junio 1993, *ILM*, 1993-5, pp. 1228 y ss.

- Acuerdo de los quince Estados CE para proyecto de convenio relativo a notificación de los actos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil en base a un procedimiento en dos etapas, *Europe*, 13 abril 1996, núm. 3724, pp. 11 y 12.

- Reglamento (CE) 2100/94, del Consejo, de 27 julio 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, *DOCE*, núm. L 227, 1 septiembre 1994.

- Acción Común, de 22 de abril de 1996, adoptada por el Consejo en virtud del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea, *DOCE*, núm. L 105, 27 abril 1996.

- Reglamento (CE) nº 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación de determinados extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país ,y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella, *DOCE*, núm. L 309, de 29 noviembre 1996.

c) Convenios bilaterales

- **Convenios bilaterales en vigor.**

- Convenio con el Reino Unido relativo al procedimiento en materia civil y mercantil, de 27 junio 1929, *GdM*, 10 abril 1930.

- Acuerdo adicional con Francia al Convenio de La Haya de 1 marzo 1954 relativo al procedimiento civil, de 19 de febrero de 1968, *BOE*, 11 mayo 1968.

- Convenio con Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial, de 22 de mayo de 1973, *BOE*, 15 noviembre 1977.
- Acuerdo complementario con Austria del Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 relativo al procedimiento civil, de 14 de noviembre de 1979, *BOE*, 8 agosto 1981.
- Convenio con Checoslovaquia sobre asistencia jurídica y exequatur, de 26 enero 1987, *BOE*, 3 diciembre 1988; corr. de err., 26 enero 1989.
- Convenio con Brasil de cooperación jurídica en materia civil, de 23 de abril de 1989, *BOE*, 10 julio 1991; corr. de err., 13-24 agosto.
- Convenio con China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, de 2 de mayo de 1992, *BOE*, 31 enero 1994; corr. de err., 11 marzo.
- Convenio con Bulgaria de asistencia judicial en materia civil, de 2 de noviembre 1992, *BOE*, 30 junio 1994.
- **Convenios bilaterales que no están en vigor o de cuya vigencia se duda.**
- Convenio celebrado con Cerdeña para el recíproco cumplimiento de las sentencias ó acuerdos expedidos por los Tribunales de ambos países en materia civil ordinaria y comercial, de 30 junio 1851, en *Tratados de España (Documentos internacional del reinado de Dña Isabel II, desde 1842 a 1868)*, recopil. por F. Janer, Madrid, 1869, pp. 56-57.
- Convenio celebrado con Dos Sicilias para el arreglo de las relaciones judiciales, de 11 marzo de 1854, *CL*, T. 62, p. 65.
- Canje de notas con Uruguay suprimiendo la legalización consular en los exhortos y cartas rogatorias que se cursen entre las autoridades competentes de ambos países y sean dirigidas por la vía diplomática y consular, de 16 julio 1901, en *Colección Oficial de Tratados, convenios y demás de documentos de carácter internacional firmados por España desde 1900-1905*, Ministerio de Estado, Madrid, 1929, pp. 41-42.
- Acuerdo con Chile suprimiendo la legalización de las comisiones rogatorias que se cursen por conducto oficial entre ambos países, de 16 agosto y 2 septiembre de 1901 en *Colección Oficial de Tratados, convenios y demás documentos...*, pp. 91-92.

- Convenio con México relativo a la legalización en los exhortos, de 11 octubre de 1901, *GdM*, 9 enero, 1902.
- Acuerdo con Estados Unidos suprimiendo la legalización de las firmas puestas en las cr transmitidas entre Puerto-Rico, las Islas Filipinas y España, de 7 de agosto de 1901 en J. LOPEZ OLIVAN, *Repertorio Diplomático español*, Consejo Superior de Investigaciones Científica, Madrid, 1944, p. 225.
- Declaración relativa a la supresión de la legalización los exhortos dirigidos a Puerto Rico y Filipinas, 7 noviembre 1901, *GdM*, 28 noviembre 1901.
- Convenio con Argentina para la supresión de la legalización de firmas en las comisiones rogatorias, de 17 de septiembre de 1902, *GdM*, 3 enero 1907.
- Canje de notas con Portugal para la supresión de la legalización y traducción de exhortos y comisiones rogatorias, de 7 julio 1903, *GdM*, 15 julio.
- Canje de notas con el Reino Unido regulando la tramitación de exhortos en asuntos civiles ó comerciales y las citaciones á personas residentes en el extranjero, de 28 mayo y 15 septiembre 1910 en *Diccionario Aranzadi de Legislación*, 1ª ed., núm. 15452.
- Canje de notas con Austria sobre idiomas en los documentos que se refieren en los artículos 3, 10 y 19 del Convenio de La Haya de 1905, de 22 de abril de 1912, *GdM*, 2 mayo.
- Canje de notas con Bélgica sobre idiomas en los documentos que se refieren en los artículos 3, 10 y 19 del Convenio de La Haya de 1905, de 26 de abril de 1909 en *Diccionario Aranzadi de Legislación*, 1ª ed., núm. 15450.
- Canje de notas con Hungría sobre idiomas en los documentos que se refieren en los artículos 3, 10 y 19 del Convenio de La Haya de 1905, de 22 de abril de 1912, *GdM*, 30 mayo.
- Canje de notas con Chile sobre la necesidad de legalización de las comisiones rogatorias, de 28 de octubre de 1914, *GdM*, 29 octubre.

- Canje de notas con Japón sobre la asistencia judicial recíproca, de 18 de enero de 1924 en *Colección de tratados internacionales suscritos por España (1922-1925)*, vol. II, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1977, pp. 455-456.
- Convenio con Checoslovaquia, de exequatur, Asistencia judicial internacional en materia civil y mercantil, de 26 de noviembre de 1927, *GdM*, 4 junio 1930.
- Protocolo al acuerdo con Checoslovaquia de asistencia judicial recíproca, de 13 de agosto de 1928, *GdM*, 4 junio 1930.
- Convenio con Uruguay de cooperación jurídica, de 4 de noviembre de 1987, *BOCG*, 15 abril.
- Convenio con la URSS sobre asistencia judicial en materia civil, de 26 de octubre de 1990, *BOCG*, 10 abril.

- Colecciones de Tratados y otros documentos internacionales

A. España

- *Colección oficial de Tratados, convenios y demás de documentos de carácter internacional firmados por España desde 1900-1905*), Ministerio de Estado, Madrid, 1929.
- *Colección de tratados internacionales suscritos por España (1922-1925)*, vol. II, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1977.
- *Guía práctica de los Convenio de La Haya de los que España es parte*, ed. preparada por A. Borrás y C. Bas Short, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996.
- *Legislación básica de Derecho internacional privado*, ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- *Textos y Materiales*, vol. I., *Textos y documentos*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1970.
- *Tratados de España (Documentos internacional del reinado de Dña Isabel II, desde 1842 a 1868)*, Madrid, 1869.

- *Tratados multilaterales de cooperación jurídica internacional*, recopilación y selección por J. de Miguel Zaragoza, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- *Tratados bilaterales sobre materias civiles*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.
- DALMAU Y OLIVART, Marqués de Olivart, *Colección de tratados, convenios y documentos internacionales. 1834-48*, T.I, 1890.
- ESPLUGUES, C., *Código de Derecho internacional privado español*, ed. Cívitas, Madrid, 1989.
- GONZALEZ CAMPOS, J.D./FERNANDEZ ROZAS, J.C., *Derecho internacional privado. Textos y materiales*, vol. I., *Derecho judicial internacional*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1990.
- LOPEZ OLIVAN, J., *Repertorio Diplomático español*, Consejo Superior de Investigaciones Científica, Madrid, 1944
- MARTINEZ ALCUBILLA, M., *Diccionario ilustrado de la Administración española*, Apéndice 1910, pp. 720-721.
- RAMOS MENDEZ, F., *Código Procesal Civil Internacional*, J.B. Bosch editor S.A., Barcelona, 1992.

B. Extranjeros

- AA.VV, *Cooperación interamericana en los Procedimientos civiles y mercantiles*, Und. Autónoma de México, México, 1982.
- FLATTET, G, M. DUPUIS/R. CUCCIO, *Les Conventions de droit international privé*, vol. II., *Procédure civile*, T. I, *Entraide judiciaire*, Travaux de l'Institut d'études de droit international de la Faculté de droit de Lausanne, Lausanne, 1983.

- Colecciones de jurisprudencia

A. España

- PECOURT GARCIA, E., *Derecho internacional privado español. Jurisprudencia sistematizada y comentada*, vol. I, EUNSA, Pamplona, 1976.
- PUENTE EGIDO, J., *Derecho internacional privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo. 1841-1977*, ed. Universidad de Barcelona, 1981.
- REMIRO BROTONS, A., "Apéndice Documental", en *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, pp. 319 y ss.

B. Extranjeras

- *Les nouvelles Convention de La Haye (leur application par le juge nationaux*, vol. I (1974); vol. II (1980); vol. III (1984); vol. IV (1994), dir. M. Summampow, ed. Nijhoff, La Haya.
- *Digest of case-law relating to the European Communities*, vol. I, Serie D, Office for Official Publications, 1995.
- *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*, Kluwer's, Antwerpen-Apeldoorn, 1986-1992.
- *International Law Reports*, ed. E. Lauterpacht, Butterwoths, Londres.
- *International Law Reports*, ed. E. Lauterpacht y Greenwood, ed. Grotius, Cambridge.
- CAPOTORTI, F. et al., *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale: repertorio 1942-1966*, De Denato, Bari, 1967.
- CAPOTORTI, F. et al., *La giurisprudenza di diritto processuale civile internazionale*, vol. III, 1883-1890, ed. Jovene, Nápoles, 1973.

- CAPOTORTI, F. *et al.*, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale: repertorio 1967-1990*, Giuffrè, Milán, 1991.

- DUNHAM, D.N. "Hague Evidence Convention: A practical guide to the Convention, U.S. Case Law, Convention -sponsored Review commissions (1978-1985) and responses of other signatory nations: with digest of cases and bibliography", *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, vol. 16, 1986, pp. 73-107 (esp. pp. 99 y ss).

- Informes a los convenios internacionales

- "Informe Comisión especial de 1968", *Actes et Documents de la onzième session*, T. IV, *Obtention de preuve à l'étranger*, La Haya, 1970, pp. 55 y ss.

- "Conclusiones de la Comisión especial de 1978 sobre la aplicación del Convenio de La Haya sobre obtención de prueba en el extranjero en materia civil y mercantil", *ILM*, 1978, pp. 1425 y ss.

- "Conclusiones de la Comisión especial de 1985 sobre la aplicación del Convenio de La Haya sobre obtención de prueba en el extranjero en materia civil y mercantil", *ILM*, 1985, pp. 1668 y ss.

- "Conclusiones de la Comisión especial de 1989 sobre la aplicación del Convenio de La Haya sobre obtención de prueba en el extranjero en materia civil y mercantil", *ILM*, 1989, pp. 1556 y ss.

- *Actes de la Conference de La Haye (12-27 septembre 1893)*. Première partie, La Haye, 1893. Deuxième partie, La Haye 1894.

- *Actas y documentos. 2ª Conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado*, vol. I, Montevideo, 23 abril- 8 mayo 1979.

- AMRAM, Ph. W., "Rapport explicatif" en *Actes et Documents de la onzième session*, T. IV, *Obtention de preuve à l'étranger*, La Haya, 1970, pp. 202 y ss.

- JENARD, P., "Informe al Convenio de Bruselas de 1968", *DOCE*, núm. C 189, de 28 julio 1990.

- SCHLOSSER, P., "Informe a la ampliación del Convenio de Bruselas 1978", *DOCE*, núm. C 189, de 28 julio 1990.

- VIRGOS SORIANO, M./SCHMIT, E., "Informe sobre el Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia de 23 de noviembre de 1995", en *Derecho procesal civil europeo*, ed. McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 440 y ss.

- Informes elaborados por autoridades nacionales

A. España.

- "Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto articulado del Título Preliminar del Código Civil de 4 de abril 1974, Pleno, núm. 38990", en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1977, pp. 1207 y ss.

- "Nota de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores para el Secretario General sobre el Anteproyecto de LOPJ de 30 de mayo de 1984" (inédita).

- *Ley orgánica del Poder Judicial. Trabajos Parlamentarios*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.

- Informe sobre el *Memorandum* de la embajada de Austria en España relativo a la tramitación de comisiones rogatorias de dicho país, *Boletín Información del Consejo General del Poder Judicial*, enero 1989, pp. 34 y ss.

- Informe sobre el cumplimiento por órganos jurisdiccionales españoles de tratados internacionales de cooperación judicial con Suiza, septiembre 1990, recopilado por F.J. Puyol Montero, *Dictámenes y Criterios Gubernamentales del Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 1991, pp. 537 y ss (doc. núm 176)

- Consulta de la Fiscalía núm. 2/1962, de 8 de marzo de 1962, sobre auxilio en vía consular, en C. RODRIGUEZ DEVESA/G. MARTINEZ ARNAR, *Ley de Enjuiciamiento criminal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1990, p. 805.

- Consulta de la Fiscalía núm. 8/1967, de 13 junio 1967, sobre comisiones rogatorias relativas al secuestro internacional de menores y repatriación, en C. RODRIGUEZ DEVESA/G. MARTINEZ ARNAR, *Ley de Enjuiciamiento criminal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1990, p. 817.

B. Estados Unidos

- "Judicial Procedures in Litigation with international aspects (Informe sobre reforma FRCP 1964)", *ILM*, 1964-6, pp. 1085 y ss.

- "Message from the president transmitting to the senate the convention on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters", *ILM*, 1973-2, pp. 323 y ss.

- "Nota del Departamento de Estado, de 3 febrero 1976 sobre admisión de pruebas en EEUU para ser practicada por agentes diplomáticos o comisario para su integración posterior en un procedimiento extranjero", citada en H. FURTH, "Discovery in Aid of Litigation Pending in a Foreign Court", en AAVV *Extraterritorial Application of Laws and Responses thereto*, ed. ILA, Oxford, 1984, pp. 179 y ss.

- "U.S. Department of Justice Memorandum on the Evidence Convention", Washington, 13 mayo 1978, en C. PFEIL-KAMMERER, *Die Haager Übereinkommen über Auslandszustellungen im ausländische Beweisaufnahmen und ihre Anwendung im deutsch-amerikanischen Rechtshilfeverkehr*, diss. Hamburgo, 1983, pp. 583 y ss.

- "Carta del Consejero jurídico del departamento de Estado norteamericano (R.B. Owen) : John Shenefielef, Adjunto del Procurador General de los Estados Unidos de 17 marzo 1980, a propósito del Cartel de Uranio", *AJIL*, 1980, pp. 665 y ss.

- "US Brief Submitted to the Supreme Court in Response to Court's invitation in Club Mediterranée SA v. Dorin, 15 octubre 1984", *ILM*, 1984, pp. 1332 y ss.

- Participación como Amicus curiae del Gobierno de Estados Unidos en los asuntos Anschuetz v. Mississippi e In re Messerschmitt Bolkow Blohm GmbH v. Walker, *ILM*, 1986, pp. 803 y ss.

- Participación como Amicus Curiae de la Securities Exchange Commission en el asunto Aerospatiale, *ILM*, 1986, pp. 1504 y ss.

C. Francia

- "Respuesta del Ministro de Justicia francés sobre problemas de interpretación en el tráfico internacional para compatibilizar la ley de bloqueo francesa con la aplicación del Convenio de La Haya de obtención de prueba en el extranjero de 1970", *Rev. crit. dr i. pr.*, 1981, pp. 574-575.
- "Documentación presentada por Francia como Amicus Curiae en el asunto *Aerospatiale*", *ILM*, 1986, pp. 1519 y ss.

D. Alemania

- "Documentación presentada por la República Alemana como Amicus Curiae en el asunto *Aerospatiale*", *ILM*, 1986, pp. 1539 y ss.

E. Suiza

- "Documentación presentada por Suiza como Amicus Curiae en el asunto *Aerospatiale*", *ILM*, 1986, pp. 1549 y ss.

F. Gran Bretaña

- "Documentación presentada por Gran Bretaña como Amicus Curiae en el asunto *Aerospatiale*", *ILM*, 1986, pp. 1557 y ss.
- McCLEAN, J. D., *The Hague Convention on the Service of Process. the Taking of Evidence and Legislation. Explanatory Documentation prepared for Commonwealth Jurisdictions*, Londres, 1979.
- McCLEAN, J. D./ McLACHLAN, C., *The Hague Convention on taking of Evidence Abroad. Explanatory Documentation prepared for Commonwealth Jurisdictions*, Londres, 1986.

2. Textos Estatales

- Nacionales

A. En vigor

- Constitución Española, *BOE*, 29 diciembre 1978.
- Código civil, *GdM*, 25 de julio 1889.
- Ley de Enjuiciamiento civil, *GdM*, 5-22 febrero 1881; corr. de err., *GdM*, 5 marzo, y sucesivas reformas 1984, *BOE*, 7 agosto; corr. de err., 9 enero 1985, y 1992, *BOE*, 5 mayo.
- Ley orgánica del Poder Judicial, *BOE*, 2 julio 1985; corr. de err., 4 noviembre, modificada por la Ley orgánica 16/94, de 8 de noviembre, *BOE*, 9 noviembre 1994.
- Código Penal, Ley orgánica 10/95, de 23 noviembre, *BOE*, 24 noviembre.
- Ley de Patentes, de 20 marzo 1986, *BOE*, 26 marzo.
- Ley de Propiedad intelectual, de 11 de noviembre 1987, *BOE*, 17 noviembre.
- Ley de Competencia desleal, de 10 enero 1991, *BOE*, 11 enero.
- Real Decreto Legislativo 2/95, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de procedimiento laboral, *BOE*, 11 de abril; corr. de. err. 26 mayo.
- Real Decreto 2433/1978, d.: 2 de octubre, funcionarios competentes para realizar la legalización única o apostilla de los extranjeros en ejecución del Convenio de La Haya de 1961, *BOE*, 17 octubre 1978.
- Decreto, de 30 diciembre 1978 de interpretación del Decreto, de 2 octubre sobre funcionarios competentes para realizar legalización única o apostilla de los extranjeros, *BOE*, 19 enero 1979.
- Real Decreto 752/1992, de 27 de junio, por el que modifica parcialmente el reglamento de la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores, *BOE*, 22 julio 1992.

B. Históricos

- Real Orden, de 7 de octubre de 1783, sobre traducción, citada en E. PECOURT GARCIA, *Derecho internacional privado español. Jurisprudencia sistematizada y comentada*, vol. I, EUNSA, Pamplona, 1976, p. 101.
- Real Orden, de 8 de marzo de 1827, prohibiendo actos jurisdiccionales a cónsules o vice-cónsules (privativo de las autoridades locales), *CL*, T. 12, p. 96.
- Real Orden, de 30 de junio de 1837, mandando que las autoridades admitan las reclamaciones y escritos de los agentes extranjeros, aunque se hallen en su idioma natural, *CdD*, T. 22, p. 426.
- Real Orden, de 24-26 de septiembre de 1841, sobre traducción de documentos extranjeros, citada en M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, 1877, vol. 3, p. 522.
- Real Orden, de 9 de junio de 1842, sobre legalización, citada en E. PECOURT, *Derecho...*, p. 98.
- Real Orden, de 8 de marzo de 1843, limitándose a Madrid, lo dispuesto por la RO de 24 de septiembre de 1841, citada en M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, 1877, vol. 3, p. 522.
- Real Orden, de 19-31 de marzo de 1845 mandando que las legaciones de Su Magestad en el extranjero no admitan autos de citación para individuos residentes en la Península, *CL*, T. 34, p. 128.
- Real Orden, de 18 de junio de 1845 exhortos a Portugal directamente, *CL*, T. 35, p. 55.
- Real Orden, de 30 de junio de 1846, sobre el cumplimiento de los autos judiciales extranjeros. Real orden aclaratoria de la Real Orden de 31 marzo 1845, *CL*, T.37, p. 527.
- Real Orden, de 16 de agosto de 1852, disponiendo que los exhortos y suplicatorios de nuestros tribunales que hayan de cumplimentarse en el extranjero, se dirijan directamente a las autoridades locales a quienes compete su despacho, citado en R.M. ORUE Y ARREGUI, *Manual...*, p. 318.

- Real Decreto, de 17 de noviembre de 1852, fijando los derechos de extranjería en España, *Textos y materiales...*, pp. 62 y ss.
- Real Orden. de 25 de noviembre de 1852, encargando que los exhortos dirigidos a Autoridades extranjeras se inserte la cláusula ofreciendo reciprocidad para el cumplimiento en España de iguales cartas deprecatorias, *CL*, T. 57, p. 510.
- Real Orden, de 21 de enero de 1853, aclarando el art. 34 del Real Decreto de 17 noviembre 1852, *CL*, T. 58, p. 73.
- Real Orden, de 12 de febrero de 1853 sobre exhortos al extranjero, *CL*, T. 58, p. 172.
- Circular, de 14 de noviembre de 1853, reglas acerca de la expedición de exhortos para las Autoridades de Inglaterra, *CL*, T. 60, p. 378.
- Ley de enjuiciamiento civil, de 5 de octubre de 1855 (art. 230).
- Real Orden, de 8 de agosto de 1857, sobre traducción, *CL*, T. 73, p. 154.
- Real Orden, de 21-24 de abril de 1862, para que los exhortos provenientes de Argentina no se diligencien de oficio, *CL*, T. 87, p. 361.
- Real Orden, de 24 de abril de 1862, sobre la existencia de reciprocidad con Alemania, citada en E. BRAVO, *Derecho internacional privado*, p. 142 (Sin embargo no se encuentra en *CL*, T. 87, correspondiente al primer semestre de 1862).
- Real Orden, de 5 de diciembre de 1862, sobre exhortos a países extranjeros, salvo a Portugal, se remitan a través de la Fiscalía del Tribunal Supremo, *CL*, T. 88, p. 660.
- Real Orden, de 1863, para cumplimentar los exhortos provenientes del Reino Unido, citada en E. PECOURT GARCIA, *Derecho...*, p. 98. (Sin embargo, no se encuentra en el tomo correspondiente de la Colección Legislativa).
- Circular del Ministerio de Gracia y Justicia, de 14 noviembre de 1865, sobre exhortos provenientes de autoridades extranjeras, citada en R. BASSOLS JACAS, *Tratados...*, p. 80. (Sin embargo, no se encuentra en el tomo correspondiente de la Colección Legislativa).

- Real Orden, de 14 de abril de 1866, sobre la existencia de reciprocidad con Suiza. Pago comisiones rogatorias, citada en R.M. ORUE Y ARREGUI, *Manual...*, p. 318; y E. BRAVO *Derecho internacional privado*, p. 169. (Sin embargo, no se encuentra en el tomo correspondiente de la Colección Legislativa).

- Real Orden Circular, de 3 de abril de 1867, (mandando) a los Jueces y promotores cumplan lo preceptuado en los tratados celebrados con Portugal y en la disposición de 8ª de la RO de 5 de abril de 1862 sobre remisión de exhortos, *GdM*, 4 abril.

- Real Orden, de 6 de febrero de 1868, sobre exhortos enviados a Brasil. Gratuidad comisiones rogatorias, citada en R.M. ORUE Y ARREGUI, *Manual...*, p. 318; y R. BASSOLS JACAS, *Tratados...*, p. 79. (Sin embargo, no hay constancia de su publicación en el volumen correspondiente de la Colección legislativa).

- Real Orden, de 13 de abril y 1 de junio de 1872, sobre traducción de documentos extranjeros, citada en M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, 1877, vol. 3, p. 530.

- Orden, de 21 de julio de 1873, sobre tramitación de exhortos al extranjero, *GdM*, 26 julio.

- Real Orden, de 30 de noviembre de 1881, sobre formalidades que han de contener los exhortos que nuestros tribunales dirijan a los portugueses, y que éstos han de reunir para que se cursen por las autoridades judiciales española, *GdM*, 10 diciembre.

- Real Orden Circular, de 9 de abril de 1884 sobre exhortos a personas con inmunidad diplomática, *GdM*, 11 abril.

- Real Decreto é Instrucción, de 26 de junio de 1886, gastos de exhortos y otras diligencias judiciales en el extranjero, citado en M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, cit., 1893, vol. 5, p. 358.

- Real Orden, de 9 de marzo de 1888, sobre reembolso, pago y depósito de gastos de exhortos al extranjero, *GdM*, 10 marzo.

- Real Decreto, de 5 de febrero de 1889, sobre reembolso de gastos (*de*) y exhortos (*librados*) al extranjero, *GdM*, 6 febrero.

- Real Orden, de 9 de marzo de 1889, sobre gastos de exhortos y suplicatorios al extranjero, citada en *Leyes procesales Aranzadi*, ed. Aranzadi, 1974, p. 1359.
- Real Orden, de 18 de julio de 1896, sobre exhortos al extranjero, en *Diccionario Aranzadi de Legislación*, 1951, núm. 18145.
- Real Orden, de 16 de junio de 1897, sobre exhortos al extranjero, *GdM*, 26 junio.
- Real Orden, de 7 de agosto de 1898 reiterando la necesidad de que nuestros jueces se atengan en el asunto a los tratados y códigos vigentes en cada país, para que no pueda entenderse que invaden las atribuciones privativas de la soberanía territorial, citada en M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, ap. 1898, pp. 485 y ss.
- Real Orden, de 30 de noviembre de 1900, sobre supresión de legalización por vía diplomática, citada en M. WALLS Y MERINO, *La extradición...*, pp. 482-483.
- Real Orden circular, de 11 de marzo de 1901, dirigida a los representantes diplomáticos en Portugal y América, citada en M. WALLS Y MERINO, *La extradición...*, p. 484.
- Real Orden, de 17 de julio de 1909, sobre aplicación del Convenio de La Haya de 1905, *GdM*, 21 julio.
- Real Orden, de 27 de julio de 1909, sobre la admisión en Alemania de la vía consular (ley alemana de ejecución), *GdM*, 1 agosto.
- Real Orden, de 2 de agosto de 1909, sobre la admisión por Austria-Hungría de la vía consular como medio de transmisión de peticiones de asistencia judicial internacional en el Convenio de La Haya de 1905, *GdM*, 9 agosto 1909.
- Real Orden, de 30 de agosto de 1909, por la que se establece el Ministerio de Justicia como órgano receptor y emisor de exhortos para: Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Rumanía, Rusia, Suiza y Suecia, *GdM*, 1 septiembre.
- Circular de la Subsecretaría de Gracia y Justicia, de 18 de octubre de 1909, determinado la autoridad a quien deben dirigirse en Luxemburgo las gestiones judiciales y tramitaciones de exhorto, *GdM*, 19 octubre.

- Circular de la Subsecretaría de Gracia y Justicia, de 6 de noviembre de 1909, anunciando los cónsules suecos en España autorizados a presentar los documentos a que se refiere el Convenio de La Haya de 1905, *GdM*, 9 noviembre.
- Circular de la Subsecretaría de Gracia y Justicia, de 9 de enero de 1911, publicando la traducción del Decreto Ducal de Luxemburgo de 2 diciembre 1910, sobre medidas de ejecución del Convenio de La Haya de 1905, *GdM*, 15 enero 1911.
- Real Orden, de 22 de febrero de 1911, sobre la interpretación de los arts. 18 y 19 del Convenio de La Haya y términos en que habrá de proveerse a su cumplimiento cuando se solicite para la efectividad de costas y gastos, *GdM*, 23 febrero.
- Real Orden, de 14 de marzo de 1911, sobre interpretación de los art. 2 y 3 del Convenio de La Haya de 1905, *GdM*, 15 de marzo.
- Real Orden, de 22 de mayo de 1911, incluyendo una nota dirigida al Ministerio de Estado por el Embajador de Gran Bretaña sobre citaciones y notificaciones de personas residentes en Inglaterra, *GdM*, 27-28, mayo 1911.
- Real Orden, de 22 de mayo de 1911, sobre citaciones y notificaciones a Dinamarca, *GdM*, 14 octubre.
- Real Orden, de 28 de octubre de 1914, sobre tramitación de exhortos o resoluciones de tribunales extranjeros a cumplir en Chile, citada en *Enjuiciamiento Civil*, ed. Civitas, 16ª ed. 1993, p. 427, nota 252 al art. 300.

C. Otros

- Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 7 de junio de 1995 para la publicación, entre otros, del Reglamento de los aspectos accesorios de las Actuaciones judiciales (esp. art. 70 a 74), *BOE*, 13 julio.

D. Normas no en vigor.

- Proyecto de Ley de Reforma Urgente de la LEC, *BOCG*, Serie A, de 7 junio 1983, núm. 30I.

- *Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil para acomodarla a la Ley orgánica del Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1986.

- Anteproyecto de Ley orgánica para la cooperación jurídica internacional, Madrid, 5 junio 1989 (inédito).

- Extranjeras

A. Estados Unidos

- Federal Rules of Civil Procedure, de 16 septiembre 1938.

- "Draft Convention on Judicial Assistance of Harvard Law School", *AJIL*, suppl. 1939, pp. 13 y ss.

- Reforma del título 28 de la sección 1782 del United State Code, de 1964.

- Reforma de los arts. 4, 26 y 28 de las FRCP, de 1 diciembre 1993, *ILM*, 1994, pp. 552 y ss.

- International Antitrust Enforcement Assistance Act, 1 noviembre 1994, *ILM*, 1995-2, pp.494 y ss.

- Cuban Liberty and Democracy Solidarity Act (conocida como Ley Helms-Burton), de 12 marzo 1996, *ILM*, 1996, pp. 1322 y ss; y *Derecho de los Negocios*, núm. 72, septiembre 1996, pp. 84 y ss.

B. Alemania

- Zivilprozeßordnung, de 30 enero 1877, *RGBl*, pp. 83 y ss; modificada en 1950, *BGBI*, pp. 533 y ss.

- *The Code of Civil Procedures Rules of the Federal Republic of Germany of January 40, 1877 and The Introductory Act for the Code of Civil Procedure Rules of January 30, 1877* (traducción S.L. Goren), Fred B. Rothman & Co, Littleton, 1990.

- Gesetz zur Ausführung des Abkommens über den Zivilprozess von 17 Juli 1905", de 9 abril 1909, en A. BÜLOW/ K.H. BOCKSTIEGEL, *Der Internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, Munich, 1973, vol. I, pp. 203-204.

- Rechtshilfeordnung für Zivilsachen, de 19 octubre 1956, de implementación del Convenio de La Haya de 1954, recogida en BÜLOW-BOCKSTIEGEL, *Der Internationale Rechtsverkehr, in Zivil- und Handelssachen*, Munich, 1973, vol. II, p. 64.

- Gesetz 22 diciembre 1977, de implimentación del Convenio de La Haya de 1970, *BGBI* 1977, vol. I, p. 3105.

C. Gran Bretaña

- Evidence (Proceedings in other jurisdictions) Act. 1975, *Halsbury's Statutes*, vol. 17, Butterworths, Londres, 1986, pp. 190-200.

- Protection of Trading Interest Act, de 20 marzo 1980, *ILM*, 1982, pp. 834 y ss.

- Civil Jurisdiction Act 1982, en P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Professional Books Limited, Londres, 1987, pp. 1803 y ss.

D. Francia

- Nouvelle Code de Procedure Civil, *Journal Officiel*, 17 abril 1975.

- Ley núm. 68-678 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, de 26 julio 1968, modificada por la ley núm. 80-538, de 16 de julio de 1980, *Journal Officiel*, 17 julio.

E. Italia

- Codice de procedura civile, de 28 octubre 1940, Suppl. *Gazzetta Ufficiale*, 28 octubre; modificada por la Ley de 26 noviembre 1990, *Gazzetta Ufficiale*, Serie general, de 1 diciembre 1995.

- Ley 24 julio 1980, núm. 488, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 353, 26 agosto 1980.

- Ley 31 de mayo 1995, de reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 128, de 3 junio 1995.

F. Otros

Bélgica: Ley de 27 marzo 1968 modificada por 21 junio 1976 sobre transporte marítimo y aéreo, *Dir. Mar.*, 1980, p. 575.

Dinamarca: Ley de 8 junio 1968: límite información armadores a países extranjeros, *Dir. Mar.*, 1980, p. 567.

Finlandia: Ley de 4 enero 1968, prohíbe a los armadores presentar cierto tipo de documentos, *Dir. Mar.*, 1980, p. 567.

Noruega: Ley 16 junio 1967 que autoriza al Rey a prohibir a los armadores a transmitir información al extranjero, *Dir. Mar.*, 1980, p. 576.

Suecia: Ordenanza real de 13 mayo 1966 que protege el armador frente a la producción de ciertos documentos sobre la industria marítima, *Dir. Mar.*, 1980, pp. 577 y ss.

II. FUENTES JUDICIALES

- Tribunales internacionales

A. Corte Permanente de Justicia internacional

- Sent., de 7 septiembre 1927, en el asunto del vapor Lotus (Francia c. Turquía), *CIJ*, Serie A, núm. 10, 1927, pp. 18-19.

B. Corte Internacional de Justicia

- Sent., de 21 marzo 1959, en el asunto Interhandel (Suiza c. Estados Unidos), *CIJ. Arrêts*, 1959, pp. 6 y ss.

C. Tribunal Europeo de Derecho Humanos

- Sent., de 21 febrero 1975, en el asunto Golder, *Boletín Jurisprudencia Constitucional. Recopilación*, Cortes Generales, Madrid, 1981, pp. 259 y ss.

- Sent., de 24 noviembre 1986, en el asunto Unterperthinger, *Boletín Jurisprudencia Constitucional. Recopilación*, Cortes Generales, Madrid, 1989, pp. 767 y ss.

- Sent., de 24 junio 1993, en el asunto Schuler-Zraggen c. Suiza, Arrêt núm. 263, *ADIF*, 1994, pp. 684 y ss.

- Sent., de 27 octubre 1993, en el asunto Dombo Beheer BV c. Países Bajos, Arrêt núm. 274, *ADIF*, 1994, pp. 684 y ss.

- Sent., de 23 julio 1993, en el asunto Ruiz-Mateos c. España, Arrêt núm. 262, *ADIF*, 1994, pp. 684 y ss.

- Sent., de 22 septiembre 1994, Henrich c. Francia, Arrêt núm. 296-A, *ADIF*, 1994, pp. 684 y ss.

D. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

- S.T.J.C.E., de 6 marzo 1980, en el asunto De Cavel v. De Cavel (II), *Rec.*, 731 y ss.

- S.T.J.C.E., de 21 mayo 1980, en el asunto Bernard Denilauler v. SNC Couchet Frères, *Rec.*, pp. 1553 y ss.

- S.T.J.C.E., de 31 marzo 1982, en el asunto CHW v. GJH, *Rec.*, 1982, pp. 1189 y ss.
- S.T.J.C.E., de 26 marzo 1992, en asunto M. Reichert, H. Reichert & Ingeborg Kockler v. Dresdner Bank AG, *Recop.*, pp. 2149 y ss.
- Cuestión prejudicial C-99/95, en el asunto Saueressig GmbH & Co. v. Forbo-Krommenie BV, Hoge Raad, presentada en el Registro el 22 abril 1996.

- Tribunales estatales

A. España

Cooperación judicial interna. Cooperación judicial internacional. Cooperación internacional en la realización de la justicia.

- S.T.C. 98/84, de 24 octubre, *BOE*, 28 noviembre.
- S.T.C. 43/86, de 15 abril, *BOE*, 29 abril.
- S.T.C. 54/89, de 23 febrero, *BOE*, 14 marzo.
- S.T.C. 132/91, de 17 junio, *BOE*, 8 julio.
- S.T.C. 199/94, de 4 julio, *BOE*, 4 agosto.
- S.T.C. 45/96, de 25 marzo, *BOE*, 27 abril.
- Auto TS 16 octubre 1961, Año 1960, Rollo 883.
- A.T.S.(S^a 1^a), de 15 diciembre 1987, *REDI*, 1990, pp. 242-243.
- A.T.S. (S^a 1^a), de 24 abril 1989, *REDI*, 1990, pp. 246 y ss.
- S.A.P. de Alicante, de 3 mayo 1994, *Ar. Civ.*, 1994, núm. 861.
- Auto A.P. de Teruel, de 21 enero 1995, *AC. Audiencias*, 1995, núm. 1367.
- S.A.P. de Teruel, de 18 junio 1996, *RGD*, 1997, pp. 1255 y ss.

**Comisiones rogatorias. Obtención de prueba en el extranjero.
Notificación en el extranjero.**

- S.T.S. (S^a 1^a), de 26 octubre 1870, *JC*, vol XXIV, núm. 267.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 18 enero 1879, *JC*, vol. XLI, núm. 13.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 20 noviembre 1890, *JC*, vol. 68, núm. 149.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 22 abril 1899, *JC*, vol. LXXXVI, núm. 27.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 12 junio 1900, *JC*, vol. XC, núm. 17.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 25 febrero 1902, *JC*, vol XCIII, núm. 52.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 9 enero 1911, *JC*, vol CXX, núm. 8.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 19 diciembre 1930, *RAJ*, 1361.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 14 noviembre 1931, *RAJ*, 2255.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 14 octubre 1954, *RAJ*, 2356.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 22 marzo 1960, *RAJ*, 970.
- S.T.S. (C-A), de 9 octubre 1962, *RAJ*, 3583.
- S.T.S. (C-A), de 3 noviembre 1962, *RAJ*, 4208.
- S.T.S (S^a 1^a), de 5 abril 1963, *RAJ*, 2158.
- S.T.S (S^a 2^a), de 28 junio 1963, *RAJ*, 3050.
- S.T.S (C-A), de 10 diciembre 1964, *RAJ*, 5304.
- S.T.S (S^a 1^a), de 15 febrero 1968, *RAJ*, 1057.
- S.T.S (S^a 2^a), de 18 mayo 1968, *RAJ*, 2523.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 2 marzo 1974, *RAJ*, 927.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 5 diciembre 1978, *RAJ*, 3642.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 1 octubre 1979, *RAJ*, 3232.

- S.T.S (S^a 6^a), de 24 noviembre 1983, *RAJ*, 5627.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 27 mayo 1985, *RAJ*, 2814.
- A.T.S. (S^a 1^a), de 11 marzo 1987, *REDI*, 1989, pp. 292-293.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 22 mayo 1989, *RAJ*, 3877.
- S.T.S. (S^a 6^a), de 24 julio 1990, *RAJ*, 6460.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 18 octubre 1991, *RAJ*, 7081.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 19 noviembre 1992, *RAJ*, 9240.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 29 enero 1996, *RAJ*, 322.
- S.A.T. de Palma de Mallorca, de 12 febrero 1973, *ADI*, 1975, pp. 583-584.
- S.A.T. de Granada, de 7 febrero 1973, *ADI*, 1975, pp. 571-572.
- S.A.T. de Palma de Mallorca, de 29 mayo 1976, *ADI*, 1979-1981, p. 598.
- S.A.P. de Santa Cruz de Tenerife, de 17 febrero 1978, *ADI*, 1979-1981, p. 665.
- S.A.T. de Barcelona, de 20 febrero 1984, *Justicia '85*, núm. 3, pp. 698-699.
- S.A.P. de Palma de Mallorca, de 11 julio 1984, *RGD*, 1985, pp. 1222-1223.
- Auto A.T. de Barcelona (S^a 1^a), de 24 marzo 1988, *RJC (jurisprudencia)*, 1988-II, pp. 709-710.
- Sentencia Juzgado 1^a Instancia de Vitoria-Gasteiz, de 17 marzo 1993, *REDI*, 1994-2, pp. 858-859.
- Auto A.P. de Tarragona (Secc. 2^a), de 4 diciembre 1993, *AC Audiencias*, 1994, núm. 761.
- S.A.P. de Málaga (Secc. 5^a), de 21 enero 1994, *Revista Jurídica de Andalucía*, 1994-I, pp. 332-333.

- S.A.P. de Barcelona, de 15 junio 1995, *RGD*, 1995, pp. 12180 y ss.
- S.A.P. de Navarra, de 14 septiembre 1995, *Ar. Civ.*, 1995, núm. 1535.

Admisibilidad de la prueba. Pertinencia y utilidad. Competencia para determinar la pertinencia de la prueba. Tutela constitucional del derecho a la prueba. Indefensión.

- A.T.C. 84/81, de 22 julio, *JCo*, T. II, pp. 489 y ss.
- S.T.C. 50/82, de 15 julio, *BOE*, 18 agosto.
- A.T.C. 283/82, de 29 septiembre, *JCo*, T. IV, p. 715 y ss.
- S.T.C. 36/83, de 11 mayo, *BOE*, 20 mayo.
- A.T.C. 460/83, de 13 octubre, *JCo*, VII, p. 720 y ss.
- S.T.C. 116/83, de 7 diciembre, *BOE*, 11 enero 1984.
- S.T.C. 3/84, de 20 enero, *BOE*, 18 febrero.
- S.T.C. 54/84, 55/84, 57/84 y 59/84, de 4, 8 y 10 de mayo, *BOE*, 29 mayo.
- A.T.C. 467/84, de 18 julio, *JCo*, T. IX, p. 1220.
- S.T.C. 114/84, de 28 noviembre, *BOE*, 21 diciembre.
- A.T.C. 70/85, de 30 enero, *JCo*, T. XI, pp. 954 y ss.
- S.T.C. 51/85, de 10 abril, *BOE*, 18 mayo.
- A.T.C. 294/85, de 8 mayo, *JCo*, T. XII, pp. 570-574.
- S.T.C. 74/85, de 18 junio, *BOE*, 17 julio.
- A.T.C. 442/85, de 3 julio, *JCo*, T. XII, pp. 1260 y ss.
- S.T.C. 89/85, de 19 julio, *BOE*, 14 septiembre.
- S.T.C. 30/86, de 20 febrero, *BOE*, 21 marzo.
- S.T.C. 40/86, de 1 abril, *BOE*, 9 abril.

- S.T.C. 89/86, de 1 julio, *BOE*, 22 julio.
- A.T.C. 1030/86, de 3 diciembre, *JCo*, T. XVI, pp. 1271 y ss.
- S.T.C. 97/87, de 10 junio, *BOE*, 26 junio.
- S.T.C. 102/87, de 17 junio, *BOE*, 9 julio.
- S.T.C. 147/87, de 25 septiembre, *BOE*, 20 octubre.
- S.T.C. 149/87, de 30 septiembre, *BOE*, 20 octubre.
- S.T.C. 44/88, de 17 marzo, *BOE*, 12 abril.
- S.T.C. 50/88, de 22 marzo, *BOE*, 13 abril.
- S.T.C. 59/88, de 5 abril, *BOE*, 4 mayo.
- S.T.C. 60/88, de 8 abril, *BOE*, 4 mayo.
- S.T.C. 168/88, de 28 septiembre, *BOE*, 14 octubre.
- S.T.C. 33/89, de 13 febrero, *BOE*, 2 marzo.
- S.T.C. 52/89, de 22 febrero, *BOE*, 13 marzo.
- S.T.C. 93/89, de 22 mayo, *BOE*, 14 junio.
- S.T.C. 158/89, de 5 octubre, *BOE*, 7 noviembre.
- S.T.C. 51/90, de 26 marzo, *BOE*, 17 abril.
- S.T.C. 59/91, de 14 marzo 1991, *BOE*, 16 abril.
- S.T.C. 205/91, de 30 octubre, *BOE*, 27 noviembre.
- S.T.C. 211/91, de 11 noviembre, *BJC*, núm. 128, pp. 12 y ss.
- S.T.C. 227/91, de 28 noviembre, *BOE*, 3 enero 1992.
- S.T.C. 33/92, de 18 marzo, *BOE*, 10 abril.
- S.T.C. 87/92, de 8 junio, *BOE*, 1 julio.

- S.T.C. 94/92, de 11 junio, *BJC*, núm. 135, pp. 94 y ss.
- S.T.C. 141/92, de 13 octubre, *BOE*, 17 noviembre.
- S.T.C. 233/92, de 14 diciembre, *BJC*, núm. 141, pp. 105 y ss.
- S.T.C. 351/93, de 22 noviembre, *BOE*, 29 diciembre.
- S.T.C. 357/93, de 29 noviembre, *BOE*, 29 diciembre.
- S.T.C. 204/94, de 11 julio, *BOE*, 4 agosto.
- S.T.C. 206/94, de 11 julio, *BOE*, 4 agosto.
- S.T.C. 30/95, de 6 febrero, *BOE*, 10 marzo.
- S.T.C. 32/95, de 6 febrero, *BOE*, 10 marzo.
- S.T.C. 39/95, de 13 febrero, *BOE*, 18 marzo.
- S.T.C. 89/95, de 6 junio, *BOE*, 8 julio.
- S.T.C. 116/95, de 17 julio, *BOE*, 22 agosto.
- S.T.C. 121/95, de 18 julio, *BOE*, 22 agosto.
- S.T.C. 131/95, de 11 septiembre, *BOE*, 14 octubre.
- S.T.C. 140/96, de 16 septiembre, *BOE*, 21 octubre.
- S.T.C. 25/97, de 11 febrero, *BOE*, 14 marzo.
- S.T.C. 35/97, de 25 febrero, *BOE*, 1 abril.
- S.T.C. 37/97, de 27 febrero, *BOE*, 1 abril.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 26 diciembre 1930, *RAJ*, 1384.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 3 enero 1931, *RAJ*, 1855.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 27 febrero. 1931, *RAJ*, 1952.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 14 noviembre 1931, *RAJ*, 2255.

- S.T.S. (S^a 1^a), de 11 marzo 1932, *RAJ*, 953.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 11 abril 1932, *RAJ*, 1005.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 22 diciembre 1932, *RAJ*, 1378.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 16 enero 1933, *RAJ*, 1431.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 19 enero 1933, *RAJ*, 1437.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 10 febrero 1933, *RAJ*, 1484.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 1 marzo 1933, *RAJ*, 1519.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 1 marzo 1933, *RAJ*, 1520.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 28 marzo 1933, *RAJ*, 1584.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 1 abril 1933, *RAJ*, 1593.
- A.T.S. (S^a 4^a), de 23 abril 1981, *BJC*, 1981, p. 592.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 29 abril 1981, *RAJ*, 1679.
- S.T.S. (S^a 2^a), de 7 mayo 1981, *RAJ*, 2136.
- S.T.S. (S^a 2^a), de 13 mayo 1981, *RAJ*, 2223.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 5 marzo 1982, *RAJ*, 128.
- S.T.S. (S^a 6^a), de 13 noviembre 1982, *RAJ*, 6698.
- S.T.S. (S^a 2^a), de 20 enero 1992, *RAJ*, 239.
- S.T.S. (S^a 2^a), de 22 enero 1992, *RAJ*, 297.
- S.T.S. (S^a 2^a), de 7 febrero 1992, *RAJ*, 1101.
- S.T.S. (S^a 2^a), de 5 marzo 1992, *RAJ*, 1785.
- S.T.S. (S^a 2^a), de 12 marzo 1992, *RAJ*, 2442.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 24 junio 1992, *RAJ*, 5485.

- S.T.S. (S^a 1^a), de 4 mayo 1993, *RAJ*, 3440.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 8 junio 1994, *RAJ*, 4902.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 1 octubre 1994, *RAJ*, 7441.
- S.T.S. (S^a 1^a), de 13 abril 1996, *RAJ*, 3083.
- S.A.P. de Castellón, de 17 enero 1996, *RGD*, pp. 6138 y ss.

B. Méjico.

- Sent. del Tribunal civil de Méjico, de 26 marzo 1874, *Clunet*, 1874, pp. 276-278.

C. Gran Bretaña.

- Sent. Queen's Bench Division, de 6 febrero 1955, en el asunto, Radio Corporation of America v. Rauland Corporation and others, *Queen's Bench Division*, pp. 618 y ss.
- Sent. House of Lords, de 2 diciembre 1977, en el asunto In re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contract Litigation, *ILM*, 1978, pp. 38 y ss.
- Sent. House of Lords, de 7 febrero 1978, en el asunto Rio Tinto Zinc Corporation *et al.* v. Westinghouse Electric Corp., *Manuel Pratique...*, p. 146.
- Sent. High Court of Justice, Queen's Bench Division, de 28 febrero 1984, en el asunto In re Santa Fe, *ILM*, 1984, pp. 511 y ss.
- Sent. Queen's Bench Division, de 4 agosto 1984, en el asunto Settebello Ltd v. Banco Totta and Açores, *CJQ*, 1985, p. 84.
- Sent. High Cour of Justice, Chancery Division, de 24 octubre 1984, en el asunto Altext Inc. c. Advanced Data Communications Ltd, *GRUR Int.*, 1985-10, p. 681.
- Sent. House of Lords, de 6,7,11 y 28 febrero 1985, en el asunto In re Asbestos Insurance, *Les nouvelles...*, vol. IV, pp 118 y ss.

- Sent. Court of Appeal, de 3,4,5,6,9 y 10 diciembre 1986, en el asunto Estate of the deceased Shipowner Anders Jahre c. Gobierno de Noruega, *Lloyd's L.R.*, 1986, vol. 1, pp. 496 y ss.
- Sent. Court of Appeal, de 12 y 13 marzo 1988, en el asunto Babanaft International Co SA v. Bahaedine Bassatne and Walid Mohamed Bassatne, *Lloyd's L.R.*, 1988, vol. 2, pp. 435 y ss.
- Sent. House of Lords, de 16 febrero 1989, en el asunto In Re the State of Norway, *ILM*, 1989, pp. 693-718.
- Sent. High Court, Queen's Bench Division, de 29 enero 1992, en el asunto CFEM v. Bovis, *ILP*, 1992, pp. 561 y ss.
- Sent. Court of Appeal, Chancery Division, de 14 marzo 1991, en el asunto Bank of Crete S.A. v. G. Koskotas, *ILP*, 1992, pp. 356 y ss.
- Sent. High Court, Chancery Division, de 7 junio 1991, en el asunto Garcin v. Amerindo Investment advisors limited, *ILP*, 1992, pp. 496 y ss.
- Sent. Court of Appeals, de 15 mayo 1992, en el asunto In re Pan American World Airways Inc.'s Application, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993-1, pp. 225-230.
- Sent. Queen's Bench Division, Commercial Court, de 31 marzo 1993, en el asunto, Partenreederei m/s "Heidelberg" v. Grosvenor Grain and Feed Company LTD, *Lloyd's L. R.*, 1993, vol. 2, pp. 324 y ss.
- Sent. High Court Chancery División, de 15 julio 1993, en el asunto Georgios Panayiotou v. Sony Music Entertainment (UK) Ltd, *ILP*, 1994, pp. 241 y ss.
- Sent. Queen's Bench Division (Commercial Court), de 1 noviembre 1994, en el asunto Baltic Shipping Co v. Translink Shipping Ltd, *Lloyd's L. R.*, 1994, vol. 2, pp. 673 y ss.
- Sent. High Court, Queen's Bench Division, Divisional Court, de 1 febrero 1995, en el asunto R. v. Central Criminal Court, ex P. Botnar, *ILP*, 1995, p. 264.

D. Estados Unidos.

- Sent. Supreme Court, Spec. Term, New York County, Pt. I., de 19 marzo 1968, en el asunto *Sorge v. City of New York et al.*, *AJIL*, 1969, pp. 146 y ss.
- Sent. U.S. Court of Appeal for the 2nd Circuit, de 26 junio 1968, en el asunto *US v. First National City Bank*, *ILM*, 1968, pp. 1133 y ss
- Sent. U.S. District Court, Southern District of New York, de 29 noviembre 1973, en el asunto *Crispin Company v. S/S Jowood et al.*, *AMC*, 1973, pp. 2623 y ss.
- Sent. U.S. Court of Appeals for the 10th Circuit Decision, de 11 octubre 1977, en el asunto *In re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contract Litigation*, *ILM*, 1978, pp. 77 y ss.
- Sent. U.S. Court of Appeal, First District, State of California, de 23 septiembre 1981, en el asunto *Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Superior Court of Alameda*, *Les nouvelles...*, vol. III, p. 164.
- Sent. Superior Court Stamford/Norwalk, District State of Connecticut, de 22 julio 1982, en el asunto *Cuisinarts Inc v. Robot Coupe et al.*, *Les nouvelles...*, vol. III, 1984, p. 166.
- Sent. U.S. Court of Appeal, First District, State of California, de 5 noviembre 1982, en el asunto *Pierburg v. Superior Court*, *Les nouvelles...*, vol. III, p. 167.
- Sent. U.S. District Court, District of Delaware, de 13 diciembre 1982, en el asunto *Renfield Corp. et al. v. Remy Martin and Co SA et al.*, *Manuel Pratique...*, p. 145.
- Sent. U.S. District Court, Pennsylvania, Easter District, de 21 marzo 1983, en el asunto *Rockwell International Corporation c. Construzioni Aeronautiche Giovanni Agusta, SPA et. SNFA*, *Manuel Pratique...*, p. 130.
- Sent. U.S. District Court for the Northern District of Illinois, de 15 abril 1983 y 24 junio 1983, en el asunto *Soletache and Rodio Inc. v. Brown & Lambrecht Earth Movers Inc.*, *GRUR Int.*, 1983, pp. 957 y ss.

- Sent. Superior Court Jersey Law Division Passaic County, de 1 julio 1983, en el asunto Van Dongen v. Arburg Maschinenfabrik and Polymar, *Manuel Pratique...*, p. 139.
- Sent. U.S. District Court for the Southern District of New York, de 15 julio 1983, en el asunto Revlon Inc. v. Canon Products Co, *GRUR Int.*, 1983, p. 957 y ss.
- Sent. U.S. District Court Eastern District of Pennsylvania, de 20 julio 1983, en el asunto Lasky v. Continental Products, *Les nouvelles...*, vol. III, p. 168.
- Sent. U.S. District Court Northern District of Illinois Eastern Division, de 15 septiembre 1983, en el asunto Schroeder v. Lufthansa German Airlines, *Les nouvelles...*, vol. III, p. 169.
- Sent. U.S. District Court for the Northern of Mississippi, Eastern Division, de 21 septiembre 1983, en el asunto Thompson v. Continental Machine and Tool Cy *et al.*, *Manuel Pratique...*, p. 139.
- Sent. U.S. District Court Eastern District of Pennsylvania, de 16 noviembre 1983, en el asunto Philadelphia Gear Corporation v. American Pfauter Corp. *et al.*, *Les nouvelles...*, vol. III, p. 170.
- Sent. Supreme Court, de 2 febrero 1984, en el asunto Volkswagenwerk AG v. Falzon, *ILM*, 1984, pp. 413 y ss.
- Sent. U.S. District Court Northern District of Illinois, de 13 abril 1984, en el asunto Graco Inc. v. Kremlin Inc. *et al.*, *ILM*, 1984, pp. 757 y ss.
- Sent. U.S. District Court Southern District of New York, de 29 mayo 1984, en el asunto Navi Fonds KG *et al.* v. Les Toles Inoxydables, *Les nouvelles...*, vol. III, p. 173.
- Sent. U.S. District Court, Southern District of New York, de 30 mayo 1984, en el asunto Adidas (Canada) Ltd. v. SS Seatrain Bennington, *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 1986, p. 101.
- Sent. U.S. District Court, District of Columbia, de 26 junio 1984, en el asunto Laker Airways v. Pan American World Airways *et al.*, *ILM*, 1984, pp. 748 y ss.

- Sent. U.S. District Court, Southern District of New York, de 28 agosto 1984, en el asunto Cooper Industries, Inc. V. British. Aerospace, *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 1986, p. 102.
- Sent. U.S. District Court of Columbia, de 11 septiembre 1984, en el asunto International Society for Krishna Consciousness v. Lee, en *The Practice of International Litigation*, p. 249.
- Sent. U.S. District Court, Eastern District of Pennsylvania, de 24 septiembre 1984, en el asunto MacLaughli v. Fellows Gear Shaper Co., *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 1986, p. 102.
- Sent. U.S. Court of Appeals, 5th Circuit, de 7 marzo 1985, en el asunto Anschuetz and Co., GmbH v. Walker, *Les nouvelles...*, vol. IV, pp. 124-125.
- Sent. Supreme Court of Appeal of West Virginia, de 22 marzo 1985, en el asunto Gebr. Eickhoff Maschnefabrik und Eisengieberei v. Starcher, *Les nouvelles...*, vol. IV, p. 129.
- Sent. U.S. Court of Appeals, 5th Circuit, de 18 abril 1985, en el asunto In re Messerschmitt Bolkow Blohm GmbH v. Walker, *Les nouvelles...*, vol. IV, pp. 124-125.
- Sent. U.S. Court of Appeals, 5th Circuit, de 11 diciembre 1985, en el asunto Global Marine v. Ljusne Katting, *Les nouvelles...*, vol. IV, 126-127.
- Sent. U.S. District Court, Middle District of Tennessee, de 17 octubre 1986, en el asunto Sand S. Screw Machine Company c. Cosa Corporation e Gildemeister AG, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987-2, pp. 352 y ss.
- Sent. West District of Tennessee, de 16 enero, 1987, en el asunto C. Steele e R. Steele v. Manufacturers Supply Inc. and C. Corporation, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987-2, pp. 372-373.
- Sent. Supreme Court, de 15 junio 1987, en el asunto Société Nationale Industrielle Aérospatiale *et al.*, v. United States District Court for the Southern District of Iowa, *ILM*, 1987, pp. 1021 y ss.
- Sent. U.S. Court for the Northern District of New York, de 9 septiembre 1987, en el asunto Linda F. Hudson y Charles Hudson v. Hermann Pfauter GmbH & Co., *Les nouvelles...*, vol. IV, pp. 127 y ss.

- Sent. U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit, de 21 junio 1991, en el asunto General Universal Trading Corporation v. Morgan Guaranty Trust Company of New York, *ILP*, 1993, pp. 736-737.
- Sent. U.S. Court of Appeals, 4th Circuit, de 28 enero 1992, en el asunto Guinness plc v. T. J. Ward, *ILP*, 1993, pp. 742 y ss.
- Sent. U.S. Court of Appeals, 6th Circuit, de 24 febrero 1992, en el asunto Gau Shan Company Ltd v. Bankers Trust Company, *ILP*, 1993, pp. 737-738.
- Sent. U.S. Court of Appeals, 9th Circuit, de 30 marzo 1992, en el asunto Richmark Corporation v. Timber Falling Consultants, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993-1, pp. 221-223.
- Sent. U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit, de 5 mayo 1992, en el asunto Malev Hungarian Airlines v. United Technologies incorporated, *ILP*, 1993, pp. 422 y ss.
- Sent. U.S. Court of Appeals, 1st Circuit, de 4 diciembre, 1992, en el asunto Re application of Asta Medica SA, *ILP*, 1993, p. 600.
- Sent. District Court of Colorado, de 8 enero 1993, en el asunto Rivendell Forest Products LTD v. Canadian Forest Products LTD, *ILP*, 1993, p. 600.
- Sent. U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit, de 23 agosto 1993, en el asunto Re The Application of Silvia Gianoli *et al.*, *ILP*, 1995, pp. 492 y ss.
- Sent. U.S. District Court for the Southern District New York, de 11 octubre 1995, en el asunto In Re Application of Sarrio SA for Assistance before foreign Tribunal, *ILP*, 1996, pp. 564 y ss.

E. Holanda

- Sent. Hof Amsterdam, de 11 abril 1968, *Les nouvelles...*, vol. I. p. 18.
- Sent. Hof Amsterdam, Oudernemingskamer, de 10 diciembre 1981, en el asunto Ford Nederland c. Ford USA, citado en E.P.A. KEYZER/M.Th. NIJHUIS, "The Hague Evidence Convention...", p. 161.

- Sent. Hof Amsterdam, de 30 junio 1983, *Les nouvelles...*, vol. III, p. 160.
- Sent. Hoge Raad, de 26 febrero 1986, en el asunto Arcalon BV y Ramar BV c. US Bankruptcy Court for the Southern District of California, *ILM*, 1989-6, pp. 1577-1583.
- Sent. Hof Amsterdam, de 20 septiembre 1989, en el asunto Beauty Word Wi, de NV (Nederlandse Antillen). 1. Bayer AG (BRD); 2 Bayer Nederland BV (Ned), *NIPR*, 1990, pp. 566-567, @ 489.
- Sent. Hoge Raad, First Chamber, de 25 octubre 1991, en el asunto Karel Peters c. Arnoldus Hagemans, *ILP*, 1993, pp. 38 y ss.
- Sent. Hoge Raad, de 11 marzo 1994, en el asunto The Kilbarr Corporation c. Holland, *ILP*, 1994, p. 264

F. Francia

- Sent. Cour de cassation, de 24 agosto 1880, en el asunto Benton c. Horeay, *Clunet*, 1880, pp. 480 y ss.
- Sent. Cour de Montpellier, de 29 marzo 1909, en el asunto Bruel c. Amesario, *Clunet*, 1910, pp. 1175 y ss.
- Sent. Trib. commercial Saint-Etienne, de 28 julio 1911, en el asunto Martin c. Co. Chemins de fer de Paris à Lyon et à la Méditerranée, *Clunet*, 1912, pp. 176 y ss.
- Sent. Trib. correctionnelle, de la Seine (11^e ch.), de 26 febrero 1912, *Clunet*, 1912, p. 1143.
- Sent. Cour de cassation, de 20 diciembre 1933, *Clunet*, 1934, vol. II, pp. 1067-1068.
- Sent. Cour de cassation, de 29 noviembre 1973, *Les nouvelles...*, vol. II, p. 14.
- Sent. Cour de cassation, (1^{ère} Ch. civ.), de 22 febrero 1978, en el asunto Lavie c. Dame Lavie, *Rev. crit. dr i. pr.*, 1979, pp. 593 y ss.
- Sent. Cour d'appel Lyon, de 18 abril 1978, en el asunto Theillol v. Office de la jeunesse de Fribourg, *Clunet*, 1979, pp. 383 y ss.

- Sent. Cour de cassation, (1ère Ch. civ.), de 22 enero 1991, en el asunto Soc. Krupp *et al.* c. soc. Trailigaz *et al.*, *Rev. crit. dr i. pr.*, 1993,-1, pp. 46 y ss.
- Sent. Cour de cassation (Chambre commerciale, financière et économique), de 10 marzo 1992, en el asunto Krupp Widia GmbH c. Société Schlumberger Industries, *Clunet*, 1993-1, pp. 156 y ss.
- Sent. Cour d'Appel de Versailles (14ère Ch. civ.), de 9 abril 1993, en el asunto Soc. Luxguard c. Soc. Sitracó *et al.*, *Rev. crit. dr i. pr.*, 1995-1, pp 80-83.
- Sent. Cour de cassation, de 29 junio 1994, *Rev. crit. dr i. pr.*, 1995, pp. 826-827.

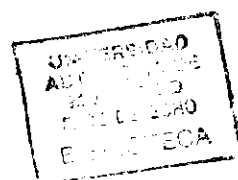
G. Alemania

- Sent. BGH, de 4 mayo 1964, *NJW*, 1964, pp. 1414 y ss.
- Sent. OLG Stuttgart, de 13 febrero 1968, *Les nouvelles...*, vol. I, pp. 15-16.
- Sent. BGH, de 24 abril 1980, *IPrax*, 1981, pp. 57 y ss.
- Sent. OLG München, de 31 octubre 1980, en el asunto Siemens AG c. Bavarian Ministry of Justice, *Les nouvelles...*, vol. III, pp. 162-163.
- Sent. OLG München, de 27 noviembre 1980, en el asunto ITT c. Bavarian Ministry of Justice, *ILM*, 1981, pp. 1025 y ss.
- Sent. LG Frankfurt am Main , de 19 diciembre 1980, *IPrax*, 1981, pp. 218-219.
- Sent. OLG München, de 10 junio 1981, en el asunto Corning Glass c. ITT, *ILM*, 1981, pp. 1025 y ss.
- Sent. LG Kiel, de 23 junio 1982, *IPrax*, 1984, pp. 147 y ss.
- Sent. LG Kiel, de 30 junio 1982, *IPrax*, 1984, pp. 146 y ss.
- Sent. OLG Köln, de 5 enero 1983, *IPrax*, 1984, pp. 315 y ss.
- Sent. OLG Düsseldorf, de 21 octubre 1985, *FamRz*, 1986, p. 191.

- Sent. BGH, de 9 abril 1986, *NJW*, 1986, pp. 2371 y ss.
- Sent. OLG Frankfurt- am- Main, de 27 mayo 1986, *RIW*, 1987, pp. 627 y ss.
- Sent. OLG Hammburg, de 14 junio 1988, *RIW*, 1988, p. 566.
- Sent. OLG Schileawing-Holsteinisches, de 3 diciembre 1988, en el asunto *Re Evidence from Danish Witnesses*, *ILP*, 1991, pp. 269 y ss.
- Sent. Court of Appeals Munich, de 9 mayo 1989, en el asunto *In X company and Attorney Y c. Bavaria*, *ILM*, 1989, pp. 1570 y ss.
- Sent. OLG Berlin, de 13 junio 1989, *RIW*, 1989, pp. 989-990.
- Sent. BGH , de 29 enero 1992, *IPrax*, 1992, pp. 301 y ss.
- Sent. OLG München, de 15 julio 1992, en el asunto *Bayerische Motorenwerke and others c. State of Bavaria*, *ILP*, 1994, pp. 7 y ss.
- Sent. OLG Koblenz, de 5 febrero 1993, *IPrax*, 1994, pp. 302 y ss.
- Sent. BGH, de 18 febrero 1993, en el asunto *Re postal Service Abroad*, *ILP*, 1995, pp. 523 y ss.
- Sent. Bundesverfassungsgericht, de 3 agosto y 7 diciembre 1994, *ILM*, 1995, pp. 980 y ss.

H. Canadá

- Sent. Court of Queen's Bench of Manitoba, de 20 junio 1989, en el asunto *Decker v. Richarson*, *ILP*, 1991, pp. 371 y ss.
- Sent. Supreme Court of Ontario, de 17 enero 1990, en el asunto *Comaplex Resources International LTd v. Schaffhauser Kantonalbank*, *ILP*, 1990, pp. 319 y ss.
- Sent. Court of Appeals for Ontario, de 21 junio 1991, en el asunto *France v. de Havilland Aircraft of Canada Limited*, *ILP*, 1992, pp. 589 y ss.



- Sent. Queen's Bench, Manitoba, de 18 octubre 1993, en el asunto Rainbow Technologies Inc v. Kevin Smeltz and others, *ILP*, 1995, pp. 571 y ss.
- Sent. Ontario Court of Justice (General Division), de 30 mayo 1995, en el asunto W.R. Grace CO v. Brookfield Development Corporation, *ILP*, 1996, pp. 390 y ss.
- Sent. Ontario Court of Justice (General Division), de 30 agosto 1995, en el asunto World Youth Day Inc. v. Norman Perry and others, *ILP*, 1996, pp. 257 y ss.
- Sent. Ontario Court of Justice (General Division), de 10 abril 1996, en el asunto Max Fecht and Others v. Deloitte 7 Touche and Other, *ILP*, 1996, p. 585-586.

I. Suiza

- Sent. Trib. Cantonal du Tessin (Chambre , de poursuites et faillités), de 15 diciembre 1971, *Les nouvelles...*, II, p. 14.
- Sent. Federal Supreme Court, en el asunto S.M. Anstalt c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, *ILP*, 1992, pp. 541 y ss.
- Sent. Bundesgericht, de 23 junio 1994, en el asunto 1A 60/1994, *ILP*, 1995, p. 145.

J. Italia

- Sent. Corte di Appello de Génova, de 1 marzo 1867, *La Giurisprudenza...*, vol. III, pp. 414-416.
- Sent. Corte di cassazione de Nápoles, de 3 diciembre 1868, *La Giurisprudenza...*, vol. III, pp. 559-560.
- Sent. Trib. di commercio de Venecia, de 7 julio 1875, *La Giurisprudenza...*, III, pp. 1051 y ss.
- Sent. Corte di Appello de Turín, de 19 noviembre 1878, *La Giurisprudenza...*, vol. III, pp. 1332-1333.

- Sent. Corte di Appello de Génova, de 10 febrero 1879, *La Giurisprudenza...*, vol. III, pp. 1336-1337.
- Sent. Corte di cassazione, de 13 diciembre 1933, *Clunet*, 1958, p. 1934.
- Sent. Corte di cassazione, de 13 noviembre 1965, en el asunto Soc. Commnino c. Soc. Siffa, *Foro italiano*, 1966, I, p. 659.
- Sent. Corte di cassazione, de 4 mayo 1966, núm. 1117, en el asunto Ditta D'Alfonso c. Ditta Kiesehorst, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, pp. 827 y ss.
- Sent. Corte di cassazione, de 19 octubre 1966, núm. 2553, en el asunto Merli c. Drester, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, pp. 366 y ss.
- Sent. Corte di Appello de Milán, de 3 marzo 1967, *Repertorio 1967-1990*, p. 145.
- Sent. Corte di Appello de Cagliari , de 29 febrero 1968, en el asunto S. c. L., *Les nouvelles...*, vol. I, p. 17.
- Sent. Corte di Appello de Milán, de 5 abril 1968, *Les nouvelles...*, vol. I, p. 17.
- Sent. Corte di Appello de Milán, de 10 septiembre 1968, en el asunto Ditta Oriente Export c. Compagnia di Assicurazioni La Villoria, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, pp. 780 y ss.
- Sent. Corte di Appello de Milán, de 14 enero 1969, en el asunto Srl Adria Italo-svizzere in liquidazione c. SA, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 74 y ss.
- Sent. Corte di Appello de Turín, de 1 julio 1969, en el asunto Acker c. Streri, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 138.
- Sent. Corte di cassazione penale, de 19 abril 1972, *RDI*, 1973, pp. 838 y ss.
- Sent. Corte di cassazione de 25 octubre 1972, en el asunto Paganotto c. Suc. Alemagne Pannetoni, *Repertorio 1967-1990*, p. 144.
- Sent. Tribunal de Roma, de 12 junio 1976, en el asunto Kodak s.p.a. Kodak Pathé s.a. c. Ditta Viscolor, *Les nouvelles...*, vol. II, p. 15.

- Sent. Corte di cassazione, de 29 enero 1986 núm. 539, en el asunto *Manifattura Tessile Figli di Martini Pietro c. Ditta Johannes Starz KG.-Kinderhosen*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987-2, pp. 330 y ss.
- Sent. Corte di Appello, de Brescia , de 28 noviembre 1991, en el asunto *Stanadyne Automovie et al. c. a.w. M. Traverso*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992-2, pp. 397 y ss.
- Decreto de la Corte di Appello de Milán, de 23 diciembre 1991, en el asunto *Profarmaco*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992-3, pp. 577 y ss
- Sent. Corte di Appello di Trieste, de 26 febrero 1992, en el asunto *Graefenstein c. Prevedel*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, pp. 751 y ss.
- Sent. Corte di cassazione, de 3 noviembre 1992, en el asunto *Clabacchi c. Istituto Nazionale della previdenza sociale*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994-2, pp. 417-418.
- Sent. Corte di cassazione, de 19 noviembre 1993, en el asunto *Italimport GmbH c. Fallimento S.I.Z.U.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994-4, pp. 832 y ss.
- Sent. Corte di cassazione, de 25 marzo 1994, en el asunto *Monteleone c. Wuhrer*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995-1, pp. 343-344.
- Decreto de la Corte di Appello de Roma, de 21 abril 1995, en el asunto *Antonelli*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995-3, pp. 753 y ss.

K. Bélgica

- Sent. Trib. commerciale de Ostende, de 1 septiembre 1900, en el asunto *Pyman Bell c. Helsmoortil*, *Clunet*, 1905, p. 689.
- Sent. Cour d'appel de Bruxelles, de 18 mayo 1976, *Les nouvelles...*, vol. I, p. 16.
- Sent. Cour d'Appel de Bruselas, de 11 febrero 1977, en el asunto *Soc. Eli Lilly*, *Digest of case law relating to the European Communities*, Cour of Justice of European Communities, febrero 1993, vol. I, referencia núm. I.24.B.3.

III. BIBLIOGRAFIA

1. Obras Generales

- "Beyond the theoric of Comparative interest balancing: an alternative approach to extraterritorial Discovery conflicts", *L & Contemp'y Pr.*, 1987-3, pp. 95-115.
- "Discovery Abuse Under Federal Rules: Causes and Cures", *Yale L.J.*, 1982-2, pp. 352-375.
- "The Constitutionalization and internationalization of Civil Procedure", *International Encyclopedie of Comparative Law*, vol. XVI, 1987, 1-43.
- "Predictability and Comity: Toward Common Principles of Extraterritorial Jurisdiction", *Harv. L. Rev.*, 1985, pp. 1310-1330.
- AA.VV., *Comentarios sobre la reforma procesal*, ed. Forum, Oviedo, 1992.
- AA.VV., *Incidencias de la Constitución en las normas aplicables por los tribunales de Justicia (Segundas jornadas de derecho judicial)*, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985.
- AA.VV., *La reforma procesal civil por ley 10/1992*, ed. Dykinson, Madrid, 1992.
- AA.VV., *The option of Litigating in Europe*, United Kingdom National Committee of Comparative Law, 1993.
- AA.VV., *Mise en oeuvre du droit de la concurrence. Coopération internationale pour la collection de renseignements*, OCDE, París, 1984.
- ABELLA, F., *Manual enciclopedico, teórico-práctico de los Juzgados municipales. Tratado completo y razonado de los deberes y atribuciones de los Jueces, Fiscales y Secretarios de dichos juzgados, con formularios para todos los actos*, Madrid, 1881.
- ABARCA JUNCO, P., "La excepción del orden público en el Convenio de Bruselas de 1968", *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, núm. 6, 1994, pp. 13 y ss.

- AGUILAR NAVARRO BENITEZ DE LUGO, M., "La cooperación internacional como objeto del derecho internacional privado", *Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1991, pp. 171-225.
- ALBRECHT, Ch., *Das EugVÜ und der einstweilige Rechtsschutz in England un der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1991.
- ALMAGRO NOSETE, J., "Garantías constitucionales en el proceso civil", *Justicia '81*, pp. 34 y ss.
- ALONSO HORCADA, M. L./ZAMORA CABOT, F. J., "Aplicación del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 de supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros: algunos aspectos recientes de la práctica española", *Revista jurídica La Ley*, núm. 1202, 1985, pp. 1-9.
- ALVARADO VELLOSO, A., "El debido proceso", *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, enero 1990-1, pp. 1 y ss.
- ALVAREZ GONZALEZ, "Cláusulas de compatibilidad en los Convenio de Conferencia de la La Haya de Derecho internacional privado", *REDI*, 1993-1, pp. 39 y ss.
- AMORES CONRADI, M. A., "La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ", *R.E.D.I.*, 1989-1, pp. 113 y ss.
- ANDREWS, N. *Principles of Civil Procedure*, Sweet and Maxwell, 1994.
- ANGULO RODRIGUEZ, M. de, *Lecciones de Derecho procesal Internacional*, Granada, 1974.
- ARQUIT, K.J./WOLFRAM, R., "Las Directrices estadounidenses del Derecho de la competencia internacional de 1995: su auténtico significado para las sociedades extranjeras", *Derecho de los Negocios*, mayo 1996, pp. 1-7.
- ARRAZOLA, L. *et al.*, *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, T. V, Madrid, 1852.
- ASENSIO MELLADO, J.M., "La prueba. Garantías constitucionales derivadas del art. 24.2", *PJ*, 1986-4, pp. 33 y ss.

- ASSO Y MANUEL, *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1806.
- BARCIA TRELLES, C., *Derecho internacional privado*, Madrid, 1936.
- BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial*, ed. Comares, Granada, 1995.
- BARTOLINI, F., *Il nuovo Codice di procedura civile*, ed. La tribuna, 1995.
- BEARDSLEY, J., "Proof of Fact in French Civil Procedure", *A.J.C.L.*, 1986, pp. 459 y ss.
- BONET NAVARRO, A., "Prueba", *Enciclopedia jurídica básica*, ed. Cívitas, 1995, vol. IV, pp. 5361 y ss.
- BORN, G.B./WESTIN, D., *International civil Litigation in US Courts*, Kluwer, Deventer, 1989.
- BORN, G.B./WESTIN, D., *International civil Litigation in US Courts. Commentary and Materials*, Kluwer, Deventer, 1992.
- BORRAS RODRIGUEZ, A., "El papel de la "Autoridad Central": los Convenios de La Haya y España", *R.E.D.I.*, 1993-1, pp. 63 y ss.
- BRAVO, E., *Derecho internacional privado vigente en España*, Madrid, 1886.
- BYRNE, D., *The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements*, The Round Hall Press, 1990.
- CAIRNS, B.C., "Discovery and Preservation of Evidence under inherent Jurisdiction", *C.J.Q.*, 1985, pp. 309 y ss.
- CALDERON CUADRADO, M.P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, ed. Cívitas, Madrid, 1992.
- CALVO-CARAVACA, A.L., *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- CAMPEIS, G./DE PAULI, A., *Il processo civile italiano e lo straniero*, ed. Giuffrè, Milán, 1986.

- CAMPEIS, G./DE PAULI, A. *La procedura civile internazionale*, ed. CEDAM, Padua, 1991.
- CANO MATA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional*, EDERSA, Madrid, 1984.
- CAPPELLETTI, M./PERILLO, J.M., *Civil procedure in Italy*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1965.
- CAPPELLETTI, M., *et al.*, *Civil Procedure*, Chapter 1, vol. XVI, *Introduction. Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, coed. J.C.B Mohr/M. Nijhoff, 1987.
- CAPPER, "The Trans-Jurisdictional Effects of Mareva Injunctions", *C.J.Q.*, 1996, pp. 211-233.
- CARL, M. H., "Germany", en *Encyclopedia of International Commercial Litigation*, hojas móviles, Graham & Trotman, A. Colman ed., Londres, 1991 (actualizado 1992).
- CARNELLUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, ed. Utha, Buenos Aires, 1944.
- COBO PLANA, J. J., *La prueba en el proceso civil (Diccionario de Jurisprudencia práctica)*, ed. Dykinson, Madrid, 1995.
- COLLINS, L., "Anton Piller Orders and Fundamental Rights", *L.Q.R.*, 1990, pp. 173 y ss.
- CONDE Y LUQUE, R., *Oficios de Derecho internacional privado*, Madrid, 1901.
- CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles así como ordinarios como extraordinarios*, Madrid, 1794.
- CORTES DOMINGUEZ, V., *Derecho procesal civil internacional. Ordenamiento español*, EDERSA, Madrid, 1981.
- CORTES DOMINGUEZ, V. *et al.*, *Derecho procesal civil*, ed. Colex, Madrid, 1996.
- CROZE, H./MOREL, C., *Procédure civile*, ed. P.U.F., París, 1988.

- CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, ed. Bosch, Barcelona, 1994.
- DALMAU, R.M., *Manual de Derecho internacional público y privado*, Madrid, 1886.
- DAMIAN MORENO, J., "La reforma Procesal Civil", en J. DAMIAN y otros, *La reforma del proceso civil, penal y administrativo de 1992*, ed. Colex, 1992, pp. 30 y ss.
- DECAUX, E., *La réciprocité en droit international*, Librerie Générale de droit et de jurisprudence, París, 1980.
- DENTI, V./TARUFFO, M., "Simplifying the taking of evidence" en AA.VV., *Justice and Efficiency*, ed. Kluwer, 1989, pp. 317 y ss.
- DENTI, V., "Cross-examination e processo civile", *Il Foro italiano*, 1987, parte V-26, pp. 325 y ss.
- DIEZ MORERA, E., *El concepto de territorialidad en Derecho procesal*, ed. Bosch, Barcelona, 1945.
- DROBNIG, U., *American-German Private International Law (Bilateral Studies in Private International Law*, Ocena Publications Inc., Nueva York, 1972.
- DROZ, G.A.L., "La Conférence de La Haye et l'entraide judiciaire internationale", *R. des C.*, vol., 168, 1980, pp. 159 y ss.
- DROZ, G.A.L., "Evolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du première siècle de la Conférence de La Haye", en AA. VV., *Etudes offertés à Pierre Bellet*, LITEC, París, 1991, 1 p. 129-148.
- DROZ, G.A.L., "Regards sur le droit international privé. Cours Générale de droit international privé", *R. des C.*, vol. 229, 1991, pp. 9-424.
- DYER, A., "Hague Conventions on Civil Procedure", *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, North Holland, 1986, pp. 147 y ss.
- DYER, A., "Hague Conventions on Civil Procedure", *Int'l L. Pract.*, 1987-1, pp. 9-12

- EBERSOLE, J. L., "Discovery Problems: Is Help on the Way?", *A. B. A. Journal*, 1988, pp. 50 y ss.
- ELIOZONDO, F. A. de, *Practica Universal forense de los tribunales de España y de las Indias*, T. VI, Madrid, 1794.
- ERAWN, J./WATTE, N., *Les sources du droit international privé belge et communautaire*, Maklun/Bruylant, 1993.
- ESPINAR VICENTE, J. M., *Derecho procesal civil internacional*, ed. La Ley, Madrid, 1988.
- ESPINAR VICENTE, J. M., *Curso de Derecho internacional privado español. Derecho Procesal Civil Internacional*, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1993.
- FAIREN GUILLEN, V., *Temas del ordenamiento procesal*, T. I, *Historia. Teoría General*, ed. Tecnos, Madrid, 1969.
- FAIREN GUILLEN, V., *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, EDESA, Madrid, 1983.
- FAIREN GUILLEN, V., *La ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Cívitas, Madrid, 1985.
- FRANK, R., "L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand", *R.I.D.C.*, 1995-4, pp. 905 y ss.
- FEBRERO NOVISIMO, J., *Libreria de Jueces, Abogados y Escribanos*, T. IV, refundida y ordenada por T. Tapia, 3ª ed., Valencia, 1837.
- FENECH, M., "La admisibilidad de las pruebas en Derecho internacional privado", en AA.VV. *Atti del 3º Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile (Venecia 12-15 abril 1962)*, Giuffrè, Milán, 1969, pp. 39 y ss.
- FERNANDEZ ARROYO, D. P., *La Codificación del Derecho internacional privado en América Latina (Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas)*, ed. Eurolex, Madrid, 1994.
- FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOME, P., *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, ed. Cívitas, Madrid, 1994.

- FERNANDEZ LOPEZ, M.A. *et al.*, *Derecho procesal práctico*, T. III, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.
- FERNANDEZ MONTALVO, R., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes del proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- FERNANDEZ PRIDA, J., *Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 1896.
- FERNANDEZ ROZAS, J. C./SANCHEZ LORENZO, S., *Lecciones de derecho internacional privado*, Oviedo, 1988.
- FERNANDEZ ROZAS, J. C./SANCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional privado*, ed. Cívitas, Madrid, 1991.
- FERNANDEZ ROZAS, J. C./SANCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional privado*, ed. Cívitas, Madrid, 1993.
- FERNANDEZ ROZAS, J. C./SANCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional privado*, ed. Cívitas, Madrid, 1996.
- FERRATER Y JANER, E. de, *Código de Derecho internacional*, Barcelona, 1846-47.
- FLESSNER, A., *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, J.C.B. Mohr, Tübinga, 1990.
- FOELIX, M. R., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, (traducida por los directores de la R.G.L.J.), T. I, Madrid, 1858.
- FRIEDMANN, W., *La nueva estructura del derecho internacional*, ed. F. Trillas, México D.F., 1967.
- FUENTE, V. de la, "Espediente seguido en Zaragoza entre Doña Catalina de Aragon, Reina de Inglaterra y su marido Enrique VIII, ausente y en rebeldía, para cumplimentar un exhorto ó letra remisoriales de Roma sobre la validez del matrimonio de aquellos Monarcas, estractado de la copia que se halló en el archivo del monasterio de Veruela", *R.G.L.J.*, 1868, pp. 163-176.
- FUENTES CAMACHO, V., *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, ed. Beramar, Madrid, 1993.

- FUENTES CAMACHO, V., *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, ed. Eurolex, Madrid, 1996.
- GARCIA ARIAS, L., "El derecho internacional privado español anterior al Código civil de 1889 y los proyectos de reforma del vigente sistema conflictual español", en *Estudios sobre relaciones internacionales y derecho de gentes*, ed. Instituto de estudios políticos, Madrid, 1972, pp. 901 y ss.
- GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852.
- GARCIA PERROTE, I., *La prueba en el proceso de trabajo*, ed. Cívitas, Madrid, 1994.
- GARCIMARTIN-ALFEREZ, F. J., *Los efectos sobre la contratación internacional de las medidas de coerción económica interestatales*, Tesis doctoral, inédita, Madrid, 1991.
- GARCIMARTIN ALFEREZ, F. J., *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, ed. Tecnos, Madrid, 1994.
- GARCIMARTIN ALFEREZ, F. J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, ed. McGraw Hill, Madrid, 1996.
- GARCIMARTIN ALFEREZ, F. J./ESPOSITO MASSICCI, C.D., "El artículo 24 de la Constitución y la inmunidad civil de los agentes diplomáticos extranjeros (A propósito de la STC 140/1995)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, mayo-agosto 1996, pp. 257 y ss.
- GARONE, G., "Extraterritorialità della jurisdiction statunitense", *Dir. comm. int.*, 1996-2/3, pp. 557 y ss.
- GARZON CLARIANA, G., "Sobre la noción de cooperación en el derecho internacional", *R.E.I.I.*, 1976-1, pp. 51 y ss.
- GEE, S., *Mareva Injunctions and Anton Piller Relief* (2ª ed.), Longman, Londres, 1990.
- GEIMER, R., "Verfassung, Völkerrecht und Internationales Zivilverfahrensrecht", *ZfRV*, 1992, pp. 321 y ss; y pp. 401 y ss.

- GEIMER, R., "Menschenrechte im internationalem Zivilverfahrenrecht", en *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 33, *Aktuelle Probleme des Menschrechtsschutzes*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 213 y ss.
- GESTOSO ACOSTA, L., *Curso elemental de Derecho internacional privado*, Valencia, 1900.
- GESTOSO ACOSTA, L., *Nuevo Tratado de Derecho procesal civil, mercantil y penal internacional*, Valencia, 1912.
- GESTO ALONSO, B., *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Serv. Publ. Und. de Navarra, Pamplona, 1991.
- GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, acción y proceso)*, ed. Cívitas, Madrid, 1981.
- GIMENO SENDRA, V., "Modificaciones concretas tendentes a agilizar y a aumentar la eficacia del proceso civil", en *Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1985, pp. 237-270.
- GIMENO SENDRA, V., "Principios del proceso", en AA.VV., *Derecho Procesal*, T. I, vol.I, *Parte general. Proceso civil* (1), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, pp. 347-360.
- GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, ed. Tecnos, Madrid, 1988.
- GIULIANO, M., "L'Assistenza Giuridica internazionale", *La Comunità Internazionale*, 1983-3, pp. 449 y ss.
- GOLDMAN, B., "Réflexions sur la réciprocité en droit international", *Trav. Com. Fran. dr. int. pr. (1962-1964)*, Dalloz, 1965, pp. 61 y ss.
- GOMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857.
- GOMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBAN, J. M., *Elementos del derecho civil y penal de España*, Madrid, 1846.
- GOMEZ ORBANEJA, E., "La prueba preconstituida", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, pp. 84-115.

- GONZALEZ BEILFUSS, C., *Nulidad e infracción de Patentes en la Comunidad Europea*, ed. Eurolex, Madrid, 1996.
- GONZALEZ CAMPOS, J.D./RECONDO PORRUA, R., *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Pub. Und. Deusto, Bilbao, 1981.
- GONZALEZ CAMPOS, J. D., "Comentario al artículo 1.5 del Código civil", en AA. VV., *Comentarios a la reforma del Código civil*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1977, pp. 78 y ss.
- GONZALEZ CAMPOS, J. D., "Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé", *R. des C.*, vol. 156, 1977-III, pp. 226 y ss.
- GONZALEZ CAMPOS, J. D./SANCHEZ RODRIGUEZ, L. I./ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, M^a P., *Curso de Derecho internacional público*, Und. Complutense, Madrid, 1990.
- GONZALEZ CAMPOS, J. D., "Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de Droit international privé dans le système étatique", en AA.VV., *E pluribus unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, Kluwer, La Haya, 1990, pp. 105 y ss.
- GONZALEZ CAMPOS, J. D./BORRAS, A., "Unificación de la traducción al castellano de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado", *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993). Traducción al castellano*, ed. preparada por J. D. González Campos y A. Borrás, Marcial Pons Editor, Madrid, 1996, pp. 7-40.
- GONZALEZ PEREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, ed. Cívitas, Madrid, 1984.
- GOTHOT, P./HOLLEAUX, D., *La convention de Bruxelles du septembre 1968*, ed. Jupiter, 1986.
- GOTTWALD, P., "Simplified Civil Procedure in West Germany", *A.J.C.L.*, 1983, pp. 687 y ss.
- GRAHAM, M. H., *Federal Rules of Evidence*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1992.

- GRAVENSON, R. H., "Problems of the Hague Conference of private international law", en AA.VV., *Études en L'honneur de Roberto Ago*, vol. IV, Milán, 1987, pp. 125 y ss.
- GUASP DELGADO, J., *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943.
- GUASP DELGADO, J., "La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales", *Revista de la Universidad de Oviedo. Facultad de Derecho*, enero-junio 1945, pp. 21 y ss.
- GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, T. II, vol I. Primera parte, M. Aguilar editor, Madrid, 1945.
- GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
- GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, T.I., *Introducción y parte general*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- GUILLEN FERRER, M.J., *El secreto bancario y sus límites legales*, ed. Tirant lo Blanc, Biblioteca Cuatrecasas, Valencia, 1997.
- GUZMAN ZAPATER, M., *El derecho a la investigación de la paternidad (En el proceso con elemento extranjero)*, coed. Cívitas/UNED, Madrid, 1996.
- HAERSOLTEN, N. van, "The Netherlands", en *Encyclopedia of International Commercial Litigation*, hojas móviles, Graham & Trotman, A. Colman ed., Londres, 1991.
- HAZARD, G. C., "Le nozione di "discovery" nell processo civile statunitense", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996-1, pp. 252 y ss.
- HERNANDEZ DE LA RUA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, T. IV., Madrid, 1856.
- HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑON, M., "Marginales al nuevo título preliminar del Código Civil", *R.E.D.A.*, 1974, núm. 3, pp. 359 y ss.
- HERZOG, P./WESER, M., *Civil Procedure in France*, M. Nijhoff, 1967.

- HOECHST, P., *Die US-amerikanische Produzentenhaftung*, Carl Heymanns Verlag VG, Köln, 1986.
- HUET, A., *Les conflits de lois en matière de preuve*, ed. Dalloz, París, 1965.
- JENARD, P., "La coopération judiciaire européenne", en *Mélanges offerts à R. Vander Elts*, T.I, 1986, pp. 397 y ss.
- JORDAN, C., "Courtoisie internationale", en *Repertoire de Droit international (Lapradelle-Niboyet)*, T. V, ed. Sirey, París, 1929, pp. 324 y ss.
- JOWITT, E., *The Dictionary of English Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1959.
- KANE, M. K., *Civil Procedure*, West. Publishing. Co., St. Paul, Minn., 1991.
- KAYE, P., *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Professional Books Limited, Londres, 1987.
- KEANE, A., *The Moderne Law of Evidence*, ed. Butterwoths, 1996.
- KEGEL, G., *Internationales Privatrecht*, Verlag C-H. Beck, Munich, 1995.
- LAGARDE, P., "La reciprocité en droit international privé", *R. des C.*, vol. 154, 1977-I, pp. 103-214.
- LANGAN, P. St. J./HENDERSON, L. D. J., *Civil Procedure*, Sweet and Maxwell, Londres, 1983.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- LASTRES, F., *Procedimientos civiles y criminales*, 9ª edición, ed. Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1887.
- LEIPOLD, D., "Tendencias actuales en el proceso civil alemán", *R. G. D.*, 1995-3, núm. 606, pp. 2029 y ss.
- LINKE, H., *Internationales Zivilprozeßrecht*, Verlag Dr. Otto Schimdt, Colonia, 1995.

- LIPSTEIN, K., "The Evidence Proceedings in other Jurisdiction Act. 1975: An interpretation", *I.C.L.Q.*, 1990, pp. 120 Y SS.
- LOMBARDINI, C., "The Changing Face of Swiss Banking Law", *Diritto Commerciale Internazionale*, 1991, pp. 363 y ss.
- LOON, J. H. A. van, "The Hague Convention on Private International Law", en AA.VV, *The Effect of Treaties in Domestic Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1987, pp. 221 y ss.
- MAEKELT, T. B. de, *Conferencia especializada de derecho internacional privado, (Análisis y significado de los Convenciones aprobadas en Panamá, 1975)*, Caracas, 1979.
- MAIER, H. G., "Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: An Intersection Between Public and Private International Law", *A. J. I. L.*, 1982, pp. 280 y ss.
- MAIER, H. G., "Interest Balancing and Extraterritorial Jurisdiction", *A. J. C. L.*, 1983, pp. 579 y ss.
- MANRESA NAVARRO, J. M., *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y facil aplicación*, ed. Revista de Legislación, Madrid, 1856.
- MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1881.
- MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1955.
- MARCUS, R. L., "Myth and Reality in Protective Order Litigation", *Cornell L. R.*, 1983, pp. 1-75.
- MARTIN BRAÑAS, C., "El control jurisdiccional de la delcaración de pertinencia de la prueba", *AC*, 1997-10, marginal núm. 203 y ss.
- MARTINEZ VAL, J. M., "Idiomas, información y tutela judicial", *Boletín de Información del Colegio de Abogados de Madrid*, 1987-3, pp. 93 y ss.
- MARTINEZ VAL, J. M., "Idiomas, información y tutela judicial", *R. G. D.*, núm. 513, 1987, pp. 31 y ss.

- McCLEAN, J. D., "The Contribution of The Hague Conference to the Development of Private International Law in Common Law Countries", *R. des C.*, 1992-II, pp. 267 y ss.
- MEHREN, A. T. von/REESE, W. L. H./NADELMAN, K. H., "The eleventh Session of the Hague Conference on Private International Law", *A. J. C. L.*, vol. 16, 1968, pp. 580 y ss.
- MENG, W., *Extraterritorial Jurisdiktion in öffentlichen Wirtschaftsrecht*, Springer, 1993.
- MEO, M. de, "Italy", en *Encyclopedia of International Commercial Litigation*, hojas móviles, Graham & Trotman, A. Colman ed., Londres, 1991 (actualizado 1992).
- MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado*, vol. II, Madrid, 1974.
- MILLAR, R. W., "The Mechanism of Fact-discovery: A Study in Comparative Civil Procedure", *Illinois Law Review*, 1937-1938, pp., 261-294 y 424-455.
- MOCHY ONORY, A. G., "L'undicesima sessione della Conferenze dell'Aja di diritto internazionale", *R. D. I.*, 1969, pp. 18 y ss.
- MONTERO AROCA, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su Centenario*, ed. Cívitas, 1982.
- MONTERO AROCA, J., "Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución española", *Justicia '82*, núm.4, pp. 5 y ss.
- MONTERO AROCA, J., "Modificaciones en la regulación de algunos actos procesales" en AA.VV. *La reforma de los procesos civiles*, ed. Cívitas, Madrid, 1993, pp. 43 y ss.
- MONTERO AROCA, J., *Ensayos de Derecho Procesal*, J. M. Bosch ed., Barcelona, 1996.
- MONTERO RIOS, E., "¿Debe concederse en España el exequatur à las sentencias de los Tribunales ingleses?", *R. G. L. J.*, núm. 49, 1876, pp. 5 y ss.

- MORELLI, G., *Derecho Procesal civil internacional*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953.
- MORENO CATENA, V., "Comentario arts. 555 y ss LEC", en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cívitas, pp. 515 y ss.
- MORENO CATENA, V., et al., *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Colex, Madrid, 1996.
- MOTULSKY, H., "Preuve", en *Encyclopédie Dalloz. Droit International*, vol. II, 1969, pp. 628-631.
- MUÑOZ SABATE, L., *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, ed. Praxis, Barcelona, 1993.
- NADELMANN, K. H., "The US and the Hague Conferences on International Law", *A. J. C. L.*, 1951, pp. 268-274.
- NAGEL, H., *Nationale und internationale Rechtsilfe im Zivilprozeß, das europäische Modell*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1971.
- NAGEL, H., "Richterliche Unabhängigkeit und Justizverwaltung bei der internationalen Rechtshilfe", *IPrax*, 1984, pp. 239 y ss.
- NAGEL, H., *Internationales Zivilprozeßrecht*, Aschendorf Münster, 1991.
- NILES, E. I., *Federal Civil Procedure*, Parker-Griffin Publishing Co., Carlsbad, California, 1990.
- OLIVA SANTOS, A., de la/FERNANDEZ, M. A., *Derecho procesal civil*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- OLIVA SANTOS, A. de la, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, 1980.
- OLIVARES BIEC, V., *Tratado en forma de Código de Derecho internacional en sus relaciones con el civil, mercantil, penal y de procedimiento*, Madrid, 1879.
- O'MALLEY, S./ LAYTON, A., *European Civil Procedure*, Sweet & Maxwell, Londres, 1989.

- ORDOÑO ARTES, C., *Aspectos generales sobre la prueba procesal (en el proceso civil)*, ediciones TAT, Granada, 1988.
- ORUE Y ARREGUI, R.M., *Manual de Derecho internacional privado*, Madrid, 1928.
- PARISI, N., "Spunti in tema di ordine pubblico e Convenzione giudiziaria di Bruxelles", *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991-1, pp. 13 y ss.
- PAULSSON, J., "France", en *Encyclopedia of International Commercial Litigation*, hojas móviles, Graham & Trotman, A. Colman ed., Londres, 1991 (actualizado 1992).
- PERROT, E., "Le régime des preuves en Droit international privé", *Journ. Trib.*, 1962, pp. 273 y ss.
- PECOURT GARCIA, E., "Una institución singular en la historia del derecho internacional privado español: el "fuero de extranjería"", en *Estudios de Derecho internacional público y privado (Homenaje al Prof. Luis Sela Sampil)*, vol. II, Oviedo, 1970, pp. 883-904.
- PEREZ VERA, E., *Naciones Unidas y los principios de la coexistencia pacífica*, ed. Tecnos, Madrid, 1973.
- PERROT, R., "Le droit à la preuve" (The General Reports for the VIIth International Congress on Procedural Law, Würzburg 1983), en AA.VV., *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1983, pp. 93-115.
- PERROT, R., "Le régime des preuves en droit international privé français", en *Atti del 3º Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile (Venecia 12-15 abril 1962)*, Giuffrè, Milán, 1969, pp. 15 y ss.
- PLAZA, M. de la, *Derecho Procesal civil español*, vol. I, EDERSA, Madrid, 1951.
- POILLOT-PERUZZETTO, S., *Guide Pratique de la procédure civile anglaise*, ed. LITEC, París, 1989.
- PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, L., *Tratado de Derecho procesal civil. Proceso declarativo. Proceso de ejecución*, vol. II. Pamplona, 1985.

- PUGNAIRE HERNANDEZ, J.M., *Términos y plazos en los procesos civiles*, ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- QUEL LOPEZ, *Los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos en el Derecho Internacional y en la práctica española*, ed. Cívitas, Madrid, 1993.
- RAMOS MENDEZ, F., "La influencia de la Constitución en el derecho procesal civil", *Justicia '83*, pp. 92 y ss.
- RAMOS MENDEZ, F., *Derecho procesal civil*, vol. II, ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- REMIRO BROTONS, A., "La cooperación internacional (I)", en *Derecho internacional público. Principios fundamentales*, ed. Tecnos, 1982.
- REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, ed. Tecnos, Madrid, 1974.
- REMIRO BROTONS, A., *La acción exterior del Estado*, ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público 2. Derecho de los tratados*, ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- REUS, E. (dir.), *Ley de enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881 concordada y anotada con gran extensión*, Madrid, 1881.
- RIQUELME Y GOMEZ, A., *Elementos de Derecho público internacional*, Madrid, 1849.
- ROSE, N. (dir.), *Pre-emptive Remedies in Europe*, Longman, Londres, 1992.
- ROSENFELD, S.B., "Unites States of America", en *Encyclopedia of International Commercial Litigation*, hojas móviles, Graham & Trotman, A. Colman ed., Londres, 1991 (actualizado 1992).
- ROTH, P.M. "Reasonable Extraterritoriality: Correcting the "Balance of Interests"", *I.C.L.Q.*, 1992, pp. 245 y ss.
- RUCK, D., "The Cost of Discovery", *Family Law*, 1992-10, pp. 424 y ss.

- SAINZ ROBLES, F.C./ALBACAR LOPEZ, J.L., "El derecho a la prueba", *Revista Jurídica La Ley*, 1982-4, pp. 1132-1133.
- SANCHEZ, R., "Comentario arts. 497 y ss LEC", en *Ley de Enjuiciamiento civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. II, dir. J.A. Albacar López, ed. Trivium, 1994, pp. 46 y ss.
- SANCHEZ RODRIGUEZ, L. I., *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, ed. Cívitas, Madrid, 1990.
- SANTAMARIA PASTOR, J.A., "Secreto Oficial", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, ed. Cívitas, Madrid, 1995, pp. 6088 y ss.
- SARAZA JIMENA, R., *Doctrina constitucional aplicable en materia civil y procesal civil*, ed. Cívitas, Madrid, 1994.
- SATTA, S./PUNZI, C., *Diritto Processuale civile*, ed. CEDAM, Padua, 1992.
- SCHACK, H., *Jurisdiction Minimum Contacts Scrutinized*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1983.
- SCHIMA, H., "Harmonie des décisions en droit de la procédure", en *De Conflictu legum. En honor a Offerhaus/Kollewijn*, ed. Nijhoff, 1962, pp. 455 y ss.
- SCHLOSSER, P., *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europe*, Walter de Gruyter, 1985.
- SCHLOSSER, P., "Extraterritoriale Rechtsdurchsetzung im Zivilprozeß", *Festschrift für Werner Lorenz*, J.C.B. Mohr, Tübinga, 1991, pp. 497 y ss.
- SCHLOSSER, P., "A new dimension of human rights. Considerations in civil procedure", *Riv. dir. int. pr. e proc.*, 1995-1, pp. 31 y ss.
- SCHLOSSER, P., "Comentario al art. 25 Convenio de Bruselas", *EuGVÜ*, Verlag C.H. Beck, Munich, 1996, pp. 142-143.
- SCHONKE, A., "El ámbito de la práctica de la prueba en el proceso civil", *A.D.C.*, 1950, pp. 311 y ss.
- SENTIS MELENDO, S., "¿Qué es la prueba?. Naturaleza de la prueba". *Rev. Der. Proc.*, núms. 2-3, 1973, pp. 257 y ss.

- SERRANO ALBERCA, J.M., "Comentario al art. 24.1 CE", en *Comentarios a la Constitución* (Dir. Garrido Falla), ed. Cívitas, Madrid, 1980, pp. 300 y ss.
- SMIT, H., "Les conflits de jurisdiction en procédure civile", *R.I.D.C.*, 1990, pp. 871 y ss.
- SOLUS, H./PERROT, E., *Droit judiciaire privé*, T. 3, *Procédure de première instance*, ed. Sirey, París, 1991.
- SPIRO, E., "Forum regit processum (Procedure is governed by the *lex fori*)", *I.C.L.Q.*, vol. 18, 1969, pp. 949 y ss.
- SZASZY, I., *International Civil Procedure. A Comparative Study*, ed. Nijhoff, Leyden, 1967.
- TAYLOR, T./COOPER, N., *European Litigation Handbook*, Sweet and Maxwell, Londres, 1995.
- TARUFFO, M., "Le droit à la preuve" (The Discussions for the VIth International Congress on Procedural Law, Würzburg 1983), en AA.VV., *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung*, Giesecking-Verlag. Bielefeld, 1983, pp. 41-52.
- TARUFFO, M., *Studi sulla rilevanza della prova*, ed. CEDAM, Padua, 1970.
- TELLECHEA BERGMAN, E., *Derecho internacional privado. Derecho procesal internacional*, ed. Jurídicas Amalio M. Fdez., Montevideo, 1981.
- TORRES CAMPOS, M., *Principios de Derecho internacional privado o de Derecho extraterritorial de Europa y América en sus relaciones con el Derecho civil de España*, Madrid, 1883.
- TORROBA, J., *Derecho consular*, Madrid, 1927.
- TRIAS GIRO, J. de D., *Estudios elementales de Derecho internacional privado*, Barcelona, 1898.
- TROCKER, N., *Processo civile e costituzione*, Giuffrè, Milán, 1974.
- YNTEMA, H.E., "The Comity Doctrine", en *Festschrift Hans Dölle*, Tubinga, 1963, pp. 65 y ss.

- YNTEMA, H.E., "The Comity Doctrine", *Michigan L.R.*, 1966, pp. 9-32.
- UMIN, S.M., "Discovery Reforma: A New Wea or Business as Usual", *A.B.A. Journal*, 1979, pp. 1050 y ss.
- UNDERWOOD, J.L., *A Guide to Federal Discovery Rules*, ALI-ABA, 1985.
- VELASCO NUÑEZ, E., "Doctrina y limitaciones a la teoría del "fruto del árbol envenenado" en la prueba ilícita (Estados Unidos y España)", *R.G.D.*, 1996, pp. 10149 y ss.
- VIANELLO, E., "Appuntti sulle recenti riforme processuali in Inghilterra", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, pp. 893 y ss.
- VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1856-1858.
- VIRGOS SORIANO, M., "Los efectos de las resoluciones judiciales extranjeras en España", en AA.VV., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, UNED, 1996, pp. 357 y ss.
- VILARIÑO PINTOS, E., "La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización", *R.I.E.*, 1994-1, pp. 61 y ss.
- WALTER, G., "Aspetti internazionali del diritto processuale", *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1996-4, pp. 1159 y ss.
- WELLMAN, F.L., *The art of cross-examination*, Dorst Press, New York, (reimpresión) 1986.

2. Monografías y Trabajos

- "Gathering Evidence Abroad: The Hague Evidence Convention Revisited", *Law and Policy International Litigation Business*, vol. 16, 1984, pp. 963 y ss.
- "Problèmes de procédure pénale liés à la technologie de l'information", Recommendation núm. R (95) 13, adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, de 11 septiembre 1995.

- "Protection of Trading Interests Act 1980 and Exchange of Diplomatic Notes Concerning the Act", *I.L.M.*, 1982, pp. 834 y ss.
- "The Hague Convention on the Taking Evidence Abroad. The Exclusive and Mandatory Procedures for Discovery Abroad", *U.Pa L.Rev.*, vol.132, 1984, pp. 1461 y ss.
- "Unites States Diplomatic Note Concernig the UK Protection of Trading Interests Bill No (Nov. 9, 1979)", *I.L.M.*, 1982, pp. 840 y ss.
- "Auxilio judicial internacional en materia civil y comercial", Suplemento al *B.I.M.J.*, núm. 1756.
- AA. VV., *Litigation of Business Matters in the US and International Legal Assistance*, ed. Roger Zäch, Haupt, Berna, 1984.
- AA. VV., *The Jurisdiction Conflict with the US of America*, Gieseeking Verlag, Bielefeld, 1986.
- AA. VV., *Cooperación interamericana en los procedimientos civiles y mercantiles*, UNAM, México, 1982.
- AA. VV., *Obtaining Evidence in Another Jurisdiction in Business Disputes*, coedición Graham & Trotman e I.B.A (International Bar Association), 1988.
- AA. VV., *Obtaining Evidence in Another Jurisdiction in Business Disputes*, coedición Graham & Trotman e I.B.A (International Bar Association), 1991.
- AA. VV., *Obtaining Evidence in Another Jurisdiction in Business Disputes*, coedición Graham & Trotman e I.B.A (International Bar Association), 1993.
- AA. VV., *The Practice of International Litigation*, vol.I, Transnational Juris Publications, Inc., Nueva York, 1992.
- ADAM MUÑOZ, M.D., "Los documentos otorgados en el extranjero como medio de prueba en el proceso civil español", *Justicia'94*, pp. 327 y ss.
- ADAM MUÑOZ, M.D., *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

- AGHABABIAN, R., "La Coopération et Assistance Judiciaire Internationale", IV Congreso de la International Bar Association, Madrid, julio 1952, Doc. núm. 11.
- ALCALA ZAMORA, N., "Bases para Unificar la Cooperación Procesal Internacional", en *Cursos Monográficos de la Academia interamericana de Derecho Comparado e internacional*, vol. VI, La Habana, 1957, pp. 40-102.
- ALCALA ZAMORA, N., "Exhortos", en *Cuestiones de terminología procesal*, UNAM, México, 1972, pp. 101 y ss.
- ALCALA ZAMORA, N., "Cross-examination", en *Cuestiones de terminología procesal*, UNAM, México, 1972, p. 79.
- ALLAN, A.P., "The Hague Evidence Convention and State Courts after Société Industrielle Aéropatiale v. US Distric Court. Has the Supreme Court Unveiled a Federal Right?", *Loyola L.A.I.L. & Comp.J.*, 1989-1, pp. 207 y ss.
- ALLEY, E.R. "New Federal Rules on the Hague Service and Evidence Conventions", *International Litigation News*, enero 1991, pp. 30-31.
- ALLEY, E.R./PRESCOTT, D., "Effective Evidence-Taking Under the Hague Convention", *I.L.*, 1988, pp. 939 y ss.
- ALLEY, E.R./PRESCOTT, D., "Recent developments in the US under the Hague Evidence Convention", *Leiden J.I.L.*, 1989-1, pp. 19-34.
- ALLEY, E.R., "New Developments under the Hague Evidence and Service Conventions: The 1989 Special Commission", *International Business Lawyer*, 1989, pp. 380 y ss.
- ALLORIO, E., "Limiti diritto processuale internazionale", *Riv. dir. proc. civ.*, 1936-I, pp. 255-271.
- ALMAGRO NOSETE, J., "La cooperación jurisdiccional internacional", en AA.VV., *Derecho Procesal*, T. I, vol. I., *Parte General. Proceso civil* (1), Tirant lo Blanc, Valencia, 1987, pp. 144-145.
- ALVAREZ GONZALEZ, S., "Asistencia Judicial Internacional (Orden Civil)", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 597 y ss.

- AMRAM, Ph. W., "Report on the eleventh session of the Hague Conference on Private International Law", *A.J.I.L.*, vol. 63, 1969, pp. 521 y ss.
- AMRAM, Ph. W., "The proposed Convention on the Taking of Evidence Abroad", *A.B.A. Journal*, vol. 55, 1969, pp 651-655.
- AMRAM, Ph. W., "Unites States Ratification of the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad", *A.J.I.L.*, vol. 67, 1973, pp. 104 y ss.
- APRIL, S., "Blocking Statutes as a Response to Extraterritorial Application of Law", en C. J. OMSTEAD *et al.*, *Extraterritorial Application of Laws and Responses Thereto*, Oxford, 1984, pp. 223 y ss.
- ASSER, T.M.C., *La Convention de La Haya du 14 novembre 1896 relative à la procedure civile*, Harlem, La Haya, 1901.
- ATWOOD, J., "Blocking Statues and Sovereign compulsion in American antitrust litigation", *Revue suisse de droit concurrencielle*, 1986, pp. 13 y ss.
- AUBERT, M., "Quelques aspects de la portée du secret bancaire en droit pénal interne et dans l'entraide judiciaire internationale", *ZStrR*, 1984, pp. 167-184.
- AUTENRIETH, K.H., "Der britische Protection of Trading Interests Act im System des internationalen Kartellrechts", *R.I.W.*, 1983, pp. 15-18.
- BASSOLS JACAS, R., (recopilador) "Ideas Generales", en *Tratados de asistencia jurídica internacional en materia civil celebrados por España*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1957, pp. 13 y ss.
- BATISTA, P.A., "Confronting Foreing "Blocking" Legislation: A guide to securing disclosure from non-resident parties to american litigation", *I.L.*, 1983, pp 61-85.
- BELLET, P., "Commissio 1 Rogatoire (matière civile)", *Répertoire Dalloz de droit international*, T. I, 1968, pp. 346 y ss.

- BERLIN, D., "La Loi française n° 80-358 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères", *Revue suisse droit international concurrencielle*, vol. 12, 1986, pp. 563-595.
- BERNASCONI, P., "Limiti del segreto bancario svizzero nelle rogatorie internazionali in materia civile e commerciale", *Rivista del Commerci internazionale*, 1996-1., pp. 3-33.
- BETTI, J.M., "Reconciling american and civil law concerns in taking evidence abroad: reevaluation of the compromise from the Hague", *ASIL Journal*, vol. X. 1986, pp. 109 y ss.
- BILLECARD, M., *Les commissions rogatoires en droit international privé*, tesis, París, 1902.
- BLACK, A.J., "Pretrial Discovery in Scotland, England and Canada", *N.I.L.R.*, vol. XXXIX, 1992-3, pp. 267-290.
- BLACK, A.C., "Discovery in Great Britain: The Evidence (Proceedings in other Jurisdictions) Act", *Cornell I.L.J.*, 1978-2, pp. 323-342.
- BLACKWOOD, M.H., "Assistencia Judicial internacional", IV Congreso de la International Bar Association, Madrid, julio 1952, Doc. núm. 93.
- BLYTHE, M.A., "The extraterritorial Impact of the Anti-trust Law protectig British Trading Interest", *A.J.C.L.*, 1983-1, pp. 99 y ss.
- BOESCHOTEN, C.D. van, "Hague Conference Conventions and the US: A European View", *L. & Contemp'y Pr.*, 1994-3, pp. 47 y ss.
- BOREL, J. & BOYD, S.M., "Opportunities for and obstacles to obtaining evidence in France for use in litigation in the United States", *I.L.*, 1979, pp. 35-45.
- BORN, G.B., "The Hague Evidence Convention Revisited: Reflections on its Role in US Civil Procedure", *L. & Contemp'y Pr.*, 1994-3, pp. 77 y ss.

- BORN, G.B./HOING, S., "Comity and the Lower Courts: Post-Aerospatiale Applications of The Hague Evidence Convention", *I.L.*, 1990, pp. 393-407.
- BORN, G.B./WESTIN, D., "Applying the Aerospatiale Decision in State Court Proceedings", *Col um. J Trans'l L.*, 1987-1988, pp. 298-312.
- BOYD, J.A., "Contemporary practice of the US relating to international law. The Hague Evidence Convention", *A.J.I.L.*, vol 72, 1978, pp. 133 y ss.
- BRANDT, C.D., *Vorschläge zum Erlaß einer Unkundenvorlage - Verordnung nach dem Haager Beweisaufnahme- Übereinkommen*, Wolfsburg, 1987.
- BURBANK, S.B., "The Reluctant Partner: Making Procedural Law for International Civil Litigation", *L. & Contemp'y Pr.*, 1994-3, pp. 103 y ss.
- CALVO CARAVACA, A.L., "Un caso de cooperación judicial internacional en la práctica española del siglo XIX", en *Derecho y Proceso. Estudios Jurídicos en Honor del Prof. A. Martínez Bernal*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 1980, pp. 43 y ss.
- CALVO CARAVACA, A.L., "Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional", *R.G.D.*, núm. 507, 1986, pp. 5095-5122.
- CALVO CARAVACA, A.L., "Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional", en AA.VV., *Derecho internacional privado*, ed. UNED, 6ª ed., Madrid, 1996, pp. 344 y ss.
- CAPATINA, O., "L'entraide judiciaire internationale en matière civil et commerciale", *R.des C.*, vol. 179, 1983, pp. 159 y ss.
- CASSANI, U., "'Pretrial discovery" sur sol suisse et protection pénale de la souveraineté territoriale", *Rev. suisse dr. aff.*, 1992-1, pp. 10 y ss.
- CIRA, C.A., "The Challenge of Foreign Blocking Laws", *Stanford J.I.L.*, 1982, pp. 247 y ss.
- COESTER-WALTJEN, D., *Internationales Beweisrecht*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1983.

- COHEN TANUGI, L., "Les juridictions américaines face aux lois étrangères interdisant les communications des renseignements économiques", *Rev. crit. dr i. pr.*, 1983, pp. 213-247.
- COLLINS, L., "Opportunities for and Obstacles to Obtaining Evidence in England for Use in litigation in the United States", *I.L.*, vol. 13, 1979, pp. 27 y ss.
- COLLINS, L., "International Law Aspects of Obtaining Evidence Abroad", en C. J. OMSTEAD *et al.*, *Extraterritorial Application of Laws and Responses Thereto*, Oxford, 1984, pp. 184 y ss.
- COLLINS, L., "Lois de blocage ou de rétorsion. L'expérience du Royaume-Uni", *D.P.C.I.*, 1986, pp. 597-615.
- COLLINS, L., "The Hague Convention and Discovery: A serious Misunderstanding", en *Essays in International Litigation and the Conflicts of Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 289 y ss.
- COLLINS, L., "Blocking and Clawback Statutes: The United Kingdom Approach", en *Essays in International Litigation and the Conflicts of Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 333 y ss.
- COLLINS, L., "English and other Reactions to Extraterritorial Application of United States Law", en *The United States Transnational Business and the Law. International Law Symposium. Junio 1984*, Oceana Publications, 1985, pp. 55 y ss.
- CUCINOTTA, E., *L'assistenza Giudiziaria nei rapporti internazionali*, Giuffrè ed., Milán, 1935.
- CHATIN, L./STURLESE, B., *Recueil pratique de conventions sur l'entraide judiciaire internationale en matière civile, commerciale et administrative*, La documentation française, Ministère de Justice, París, 1990.
- DAVIDSON, R.B., "Obtaining Evidence Abroad", en AA.VV., *The Practice of International Litigation*, vol.I, Transnational Juris Publications, Inc., Nueva York, 1992, dictamen 25 septiembre 1984, pp. 229-242.
- DEMARET, P., "L'Extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques", *Rev. Trim. Droit Européen*, 1985,-1, pp. 1-39.

- DEUSTCH, M. D. "Judicial assistance: obtaining evidence in the US, under 28 USC *1782, for use in a foreign or international tribunal", *B.C.Int'l Comp.L.Rev.*, 1982, pp. 175-193.
- EDWARDS, D.M., "Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters", *I.C.L.Q.*, vol. 18, 1969, pp. 646 y ss.
- FEDDERS, J.M., "Policing Internationalized US Capital Markets. Methods to Obtain Evidence Abroad", *I.L.*, vol. 18, 1984, pp. 89 y ss.
- FERNANDEZ ROZAS, J.C., "La cooperación judicial en los convenios de La Haya de derecho internacional privado", *R.E.D.I.*, 1993-1, pp. 81-100.
- FONSANEANU, L., "L'instruction extraterritoriale des litiges économiques et la défense de la souveraineté des Etats", *A.F.D.I.*, 1981, pp. 628 y ss.
- FUMAGALLI, L., *Conflitti tra giurisdizioni nell'assunzione di prove all'estero*, ed. CEDAM, Padua, 1990.
- FUMAGALLI, L., "Brevi note in tema di esecuzione in Italia di provvedimenti istruttori stranieri", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992-3, pp. 481 y ss.
- FUMAGALLI, L., "Le nuove Regole Federali Statunitensi in tema di notificazioni e di Assunzione di prove all'estero", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994-4, pp. 795 y ss.
- FUMAGALLI, L., "Comentarios arts. 69 y ss. de la nueva Ley italiana de Derecho internacional privado", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995-4, pp. 1253 y ss.
- FURTH, H., "Discovery in Aid of Litigation Pending in a Foreign Court", en C. J. OMSTEAD *et al.*, *Extraterritorial Application of Laws and Responses Thereto*, Oxford, 1984, pp. 179 y ss.
- GAVALDA, C., "La coopération internationale en matière de procédure civile. Rapport 6ème Congrès International de Droit Comparé", *Travaux Internationaux de Droit Comparé*, 1962, pp. 327 y ss.
- GAVALDA, C., "Les commissions rogatoires internationales en matières civile et commerciale", *Rev. crit. dr i. pr.*, 1964, pp. 15 y ss.

- GAILLARD, E., "Les contre-réactions américaines", en AA. VV. *L'application extraterritoriale du droit économique*, ed. Montcrestien, París, 1987, pp. 115 y ss.
- GARCIA, C., "Exposición y análisis de la Legislación vigente sobre exhortos", *R.G.L.J.*, 1868, pp. 177-210.
- GARCIA VELASCO, I., "Derecho internacional privado y cooperacion: derecho de defensa y régimen de notificaciones de documentos judiciales y extrajudiciales", ejercicio de Cátedra, inédito, Salamanca, 1991.
- GARZON REAL, B., "Valor y efectividad de las diligencias practicadas en el extranjero, en relación con el respeto a los derechos de defensa y a un proceso con las debidas garantías", *Actualidad Penal*, núm. 16, 1989, pp. 833 y ss.
- GEIMER, R., *Internationales Zivilproßrecht*, Schmidt KG, Colonia, 1987.
- GEIMER, R., "Konsularische Beweisaufnahme", en *Verfahrensgarantien im nationalen un internationalen Prozeßrecht. Festschrift Franz Matscher*, Viena, 1993, pp. 133 y ss.
- GERBER, D.J., "International Discovery after Aérospatiale. The guest for an analytical framework", *A.J.I.L.*, vol. 82, 1988, pp. 521 y ss.
- GILL, D.G., "Blocking and Retaliatory Laws in International Litigation: Challenge and Response", *Private Investors Abroad*, 1984, pp. 84 y ss.
- GOLDREIN, I.S./ WILKINSON, K., *Commercial Litigation (pre-emptive remedies)*, Sweet and Maxwell, Londres, 1991.
- GOLDSCHMIDT, W., "Auxilio judicial internacional", en *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, vol. III, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pp. 125 y ss.
- GONZALEZ CAMPOS, J.D., "Comentario art. 8.2. Cc", en *Comentarios al Código civil*, T. I., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp 74-75.

- GONZALEZ CAMPOS, J.D./CALVO CARAVACA, A.L., "Comentario al art. 8.2º Cc", en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, T.I, vol. 2, M. Albaladejo (dir.), EDERSA, Madrid, 1995, pp. 110 y ss.
- GOTTWALD, P., "Limits to Extraterritorial Effects of Judicial Act", *C.J.Q.*, 1990, pp. 61 y ss.
- GOUGENHEIM, P., "Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale", *Clunet*, 1969, pp. 313 y ss.
- GRIFFIN, J.P./BRAVIN, M.N., "Beyond Aérospatiale: A Commentary on Foreign Discovery Provisions of the Restatement (Third) and the Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure", *I.L.*, 1991, pp. 331-349.
- HABSCHEID, W.J./BERTI, S.V., "European Summary", en AA. VV. *Pre-trial and Pre-Hearing Procedure Worldwide*, ed. Graham and Trotman and IBA, Londres, 1990, pp. 46 y ss.
- HARTLEY, T.C., "Extraterritoriality: the British response", en AA. VV., *L'application extraterritoriale du droit économique*, ed. Montcrestien, París, 1987, pp. 107 y ss.
- HARWOOD, B.A., "Service and Evidence Abroad (Under English Civil Procedure). Part. I. The Rules of the Supreme Court", *I.C.L.Q.*, 1961, pp. 284 y ss.
- HECK, A., "US. misinterpretation of the Hague Evidence Convention", *Colum. J Trans'l L.*, vol. 24, 1986-2, pp. 231-278.
- HERZOG, B.E., "The 1980 French Law on Documents and Information", *A.J.I.L.*, 1981, pp. 382 y ss.
- HOYER, V., "Réflexions et propositions suggérées par la pratique en vue des Conventions de La Haye relatives à la procédure civile", en *De conflictu legum. En honor a Offerhaus/ Kollewijn*, Sijthoff, 1962, pp. 226 y ss.
- HUISMAN, M., "Convention international de La Haye 1905 relative à la procédure civile", *R.P.I.L.C.*, 1909, pp. 320-339 y 395-414.

- HÜLSEN, H.V. von., "Gebrauch und Mißbrauch US-amerikanischer "pre-trial discovery" und die internationale Rechtshilfe", *RIW*, 1982, pp. 225 y ss.
- HÜLSEN, H.V. von., "Kanadische und Europäische Reaktionen auf die US "pre-trial discovery"", *RIW*, 1982, pp. 537 y ss.
- HUNTLEY, A.K., "The Protection of Trading Interest Act 1980: Some Jurisdictional Aspects of Enforcements of Antitrust Laws", *I.C.L.Q.*, 1981, pp. 213 y ss.
- JALLES, I., "A adoção de medidas de contralegislação: Causas e efeitos", en *Extraterritorialidade e Comércio Internacional*, Bertrand editora, 1988, pp. 151 y ss.
- JAPIOT, R., "Commissions rogatoires (Matière civile)", en *Repertoire de Droit International de Lapradelle-Niboyet*, T. IV, París, 1929, pp. 67-101.
- JIMENEZ HERNANDEZ, J.J., "Comentario art. 300 LEC", en *Ley de Enjuiciamiento civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. I, dir. J.A. Albacar López, ed. Trivium, 1994, pp. 1175 y ss.
- JONES, H.L., "American Proposal for reform of international judicial procedure. A preliminary program of reciprocal information", IV Congreso IBA Madrid, julio 1952, doc. núm. 87.
- JONES, H.L., "International Judicial Assistance. Procedural Chaos and a Program for Reform", *Yale I.J.*, 1953, vol. 52, 515-562.
- JONES, H.L., "International Co-operation in Judicial Procedures", *A.J.C.L.*, 1963, pp. 231 y ss.
- JONES, R.T., "Protection of Trading Interests Act of 1980", *Cambridge L.J.*, 1981, pp. 41 y ss.
- JUNKER, R.A., *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtverkehr*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1987.
- KEYZER, E.P.A./NIJHUIS, M.Th., "The Hague Evidence Convention: Practice in the Netherlands", *Leiden J.I.L.*, 1989-1, pp. 155-166

- KIRCHNER, Ch., "Probleme einer Unkundenvorlage- Verordnung nach dem Ausführungsgesetz zum Haager Beweisübereinkommen", *Die Aktiengesellschaft*, 1988, pp. 127 y ss.
- KOCH, H., "Zur Praxis der Rechtshilfe im amerikanisch-deutschen Prozeßrecht Ergebnisse einer Umfrage zu den Haager Zustellungs-und Beweisübereinkommen", *IPrax*, 1985, pp. 245 y ss.
- KOCH, R/RÖHM, E.H., "Neuere Entwicklungen im US-amerikanischen Zivilprozeßrecht", *RIW*, 1995-6, pp. 465 y ss.
- KOJIMA, T., "Cooperation in International Procedural Conflicts: Prospects and Benefits", *L. & Contemp'y Pr.*, 1994-3, pp. 59 y ss.
- LANGBEIN, J.J., "The Influence of Comparative Procedure in the United States", *A.J.C.L.*, 1995, pp. 545 y ss.
- LASZLOCZKY, P., *La cooperazione internazionale negli atti d'istruzione penale*, ed. CEDAM, Padua, 1980.
- LEHMAN, R., "Aide mutuelle judiciaire internationale. Commissions rogatoires. Transmission", *Juriscl.D.I.*, fasc. 589-B, 1961.
- LEIPOLD, D., *Lex fori, Soveräneität, Discovery. Grundfragen des Internationalen Zivilprozeßrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 1989.
- LEVINE, J.B., *Discovery. A Comparison between English and American Civil Discovery Law with Reform Proposals*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- LEVY, L. , "Entraide judiciaire internationale en matière civile", AA.VV., *Colloque l'entraide judiciaire internationale en matière penale, civile, administrative et fiscale*, Ginebra, 1986, pp. 55 y ss.
- LIGHTMAN, G./SHARPE, T., "Discovery for the United Kingdom: a British Perspective", en *Extraterritorial discovery in International Litigation*, Practising Law Institute, 1984, pp. 293 y ss.
- LOWE, V. A., "Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interest Act, 1980", *A.J.I.L.*, vol, 75, 1981, pp. 257 y ss.
- LOWE, V. A., "Extraterritorial Jurisdiction. The British Practice", *RabelsZ*, 1988, pp. 157-204.

- LOWE, V. A., "The Problems of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution", *I.C.L.Q.*, 1985, pp. 724-746.
- LOWENFELD, A.F., "International Litigation and the Quest for Reasonableness", *R. des C.*, 1994-I, pp. 9-320.
- MAIER, H.G., "Extraterritorial Discovery: Cooperation, coercion and The Hague Evidence Convention", *Vand. J. Transnt'l L.*, vol. 19, 1986-2, pp. 239-264.
- MARKEES, C., "Zum Haager Ubereinkommen über die Beweisaufnahme in Ausland", *Ann. suisse dr.int.*, T. XXV, 1968, pp. 131 y ss.
- MARTIN MINGARRO, L., "Los actos de comunicación y el auxilio judicial", en *Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1985, pp. 273 y ss.
- MARTENS, D.R., "Enfahrungen mit Rechtshilfeersuchen aus den USA nach dem Haager Beweisaufnahme-Übereinkommen", *RIW*, 1981, pp. 725 y ss.
- MAYER, P., "Les lois de police étrangères", *Clunet*, 1981, pp. 277 y ss.
- McCLEAN, D./McLACHLAN, C., *The Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad. Explanatory Documentation prepared for Commonwealth Jurisdictions*, Londres, 1986.
- McCLEAN, D., *Internacional Judicial Assistance*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- McLEAN, J.S., "The Hague Evidence Convention. Its impact on American civil procedure", *Loyola L.A.I.L. & Comp.J.*, vol. 9, 1986-87, pp. 17-62.
- MEHREN, R.B. von, "Discovery of Documentary and other Evidence in a Foreign Country", *A.J.I.L.*, vol. 77, 1983, pp. 896 y ss.
- MEHREN, R.B. von, "Perspective of the US Private Practitioner", en C. J. OMSTEAD *et al.*, *Extraterritorial Application of Laws and Responses Thereto*, Oxford, 1984, pp. 194 y ss.

- MEHREN, R.B. von, "International Control of Civil Procedure: Who Benefits?", *L. & Contemp'y Pr.*, 1994-3, pp. 13 y ss.
- MENTZ, A., "Das "Pre-trial Discovery" Verfahren im US-amerikanischen Zivilprozeßrecht", *RIW*, 1981, pp. 73 y ss.
- MICHELI, G.A., "La cooperazione internazionale en materia de procedura civile", *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. 17, 1962, pp. 570-598.
- MIGUEL ZARAGOZA, J. de, "La cooperación judicial en los Pactos de Schengen", *Noticias CEE*, núm. 90, 1992, pp. 73 y ss.
- MINCH, L.N., "U.S. Obligations Under the Hague Evidence Convention: More than Mere good will?", *I.L.*, 1988-2, pp. 511-527.
- MINER, R.J., "The Reception of Foreign Law in the US Federal Courts", *A.J.C.L.*, 1995-4, pp. 581 y ss.
- MIROT, L., "Une Commission Rogatoire internationale en 1395", *R.H.D.F.E.*, 1929, pp. 277 y ss.
- MOCHY ONORY, A.G., "La convenzione sulla assunzione di prove all'estero in materia civile e commerciale", *R.D.I.*, vol. LII, 1969, pp. 31 y ss.
- MONAHAM, M.A. "Waiver of rights under the Hague Evidence Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters", *Loyola L.A.I.L. & Comp.J.*, vol. 7, 1984, pp. 409-438.
- MONIER, F., *Des commissions rogatoires en droit international*, tesis, París, 1909.
- MÖSSLE, K.P., *Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationalen Wirtschafsrecht, E. vergl. Unters. unter bes. Berück. d'US-Amerikan, v. dit. Recht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1990.
- MURILLO Y GARCIA-ATANCE, M., "La cooperación jurídica internacional", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994-XI, pp. 357 y ss.
- MUSE, D.L., "Discovery in France and The Hague Convention: The search for a French connection", *N.Y. U. L. Rev.*, vol. 64, 1989, pp. 1074-1116.

- MYNCK, R.E./LOVE, G.R. "Obtaining evidence abroad for use in US litigation", *Southwestern Law Journal*, vol 35, 1981-82, pp. 585-615.
- NEVOT, M., "La communication de renseignements économiques à l'étranger. Remarques sur loi 16-7-80", *Rev. crit. dr. i. pr.*, 1981, pp. 421 y ss.
- NGWASIRI, C.N., "Pre-trial Civil Proceedings in England and France: A comparative Study", *C.J.Q.*, 1991, pp. 289 y ss.
- NOBEL, P., "Die Rechtshilfe in Zivilsachen im Lichte der Ratifikation der Haager Konvention von 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen", *SZW*, 1995-1, pp. 72 y ss.
- ONKELINK, I.T., "Conflicts of International Jurisdiction: Ordering the Production of Documents in Violation of the Law of the Situs", *Northwestern University Law Review*, 1969, vol. 64, pp. 487 y ss.
- OPERTTI BADAN, D., *Echortos y embargo de bienes extranjeros (Medios de cooperación judicial internacional)*, ed. jurídicas Amelio M. Fernández, Montevideo, 1977.
- OPERTTI BADAN, D., "Judicial Mutual Cooperation in Criminal Matters", *N.I.L.R.*, XXXIX, 1992, pp. 89-125.
- OWEN, G.M., "Las jurisdicciones y la cooperación internacional en los conflictos de Derecho privado", IV Congreso de la International Bar Association, Madrid, julio 1952, Doc. núm. 85.
- PARRA ARANGUREN, G., "Las seis convenciones suscritas en Panamá (1975) sobre derecho internacional privado", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, (Venezuela), núm. 27, 1980, pp. 9-40.
- PASTOR BORGONÓN, B., "El auxilio jurisdiccional internacional en materia penal y los trabajos del Consejo de Europa", *R.G.L.J.*, 1980, pp. 557-595.
- PASTOR BORGONÓN, B., *Aspectos procesales de la extradición en el derecho español*, ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- PERE RALUY, J., "La cooperación internacional en el campo del proceso civil", *Revista del Instituto de Derecho comparado*, 1962, vol. 19, pp. 119-131.

- PHILIP ROSEN, J., "The Protection of Trading Interest Act", *I.L.*, vol. 15, 1981, pp. 213-229.
- PHILLIPS, J.D/CARRINGTON, P.D., "Reflections on the Interface of Treaties and Rules of Procedure: Time for Federal "Long-Arm" Legislation", *L. & Contemp'y Pr.*, 1994-3, pp. 153 y ss.
- PLATTO, Ch., "Taking Evidence Abroad for use in Civil cases in the United States. -A practical guide", *I.L.*, 1982, pp. 575 y ss.
- POCAR, F., "La recente riforma statunitense dell'assistenza giudiziaria internazionale", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, pp. 494 y ss.
- POCAR, F., *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, ed. CEDAM, Padua, 1967.
- POLIMERI, G., "Judicial Cooperation", en *Les accords de Schengen: Abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques?*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1993, pp. 53 y ss.
- PONSARD, A., "La Convention de La Haye du 1er mars 1954 relative a la procédure civile", *Trav. Com. Fran. dr. int. pr. (1960-1962)*, ed. Dalloz, 1963, pp. 39-66.
- RAMOS MENDEZ, F., "Auxilio judicial internacional", en *Arbitraje y proceso internacional*, ed. Bosch, Barcelona, 1987, pp. 245-252.
- RAMOS MENDEZ, F., "Comentario art. 300 LEC", en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por V. Cortés, ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 201-206.
- RAMOS MENDEZ, F., "¿Traducción al castellano de los documentos que acompañan a un emplazamiento ante Tribunal extranjero?", en *Problemas actuales de la justicia. Homenaje al docto Paustino Gutierrez-Alvia y Armario*, Valencia, 1988, pp. 325 y ss.
- RAMOS MENDEZ, F., "Convenio España-Italia sobre asistencia judicial", *Justicia '88*, pp. 57 y ss.
- RANOUIL, V., "Les lois de blocage", *D.P.C.I.*, 1986, pp. 513-530.
- RISTAU, B., "Overview of International Judicial Assistance", *I.L.*, 1984, pp. 525 y ss.

- RISTAU, B., *International Judicial Assistance*, vol. I, International Law Institut, Washington D.C., 1984.
- RISTAU, B., "Introductory Note United States: New FRCP bearing on Transnational Litigation", *I.L.M.*, 1994-1, pp. 550 y ss.
- ROBINSON, D.R., "Compelling Discovery and Evidence in International Litigation", *I.L.*, 1984, pp. 533-540.
- ROGERS, J.M., "On the exclusivity of the Hague Evidence Convention", *Texas Int'l L.J.*, vol 21. 1986-3, pp. 441-470.
- ROGGENBUCK, S., "U.S.-amerikanische Discovery im deutschen Zivilproß", *IPrax*, 1997-2, pp. 76 y ss.
- ROSDEITCHER, S., "Foreign Blocking statutes and United States Discovery. A conflicts of National Policies", *N.Y.U.J.I.L. & Pol.*, vol. 16, 1984, pp. 1061 y ss.
- SADOFF, M.J., "The Hague Evidence Convention: Problems at Home of Obtaining Foreign Evidence", *I.L.*, 1986, pp. 659 y ss.
- SANCHEZ, R., "Comentario arts. 600-601 LEC", en *Ley de Enjuiciamiento civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. II, dir. J.A. Albacar López, ed. Trivium, 1994, pp. 433 y ss.
- SANDMAN, J.M., "Gathering evidence abroad: The Hague Evidence Convention revisited", *Law and Policy international Business*, vol. 16-2, 1984, pp. 963-1004.
- SARAVALLE, A., "La convenzione dell'Aja sull'assunzione di prove all'estero", *Dir. com. int.*, 1987-2, pp. 481 y ss.
- SCALABRINO, M., "La nuova disciplina delle "rogatorie passive"", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, pp.77 y ss.
- SCHUTZE, R.A., "Conceptual differences and areas of potencial collision between US and "civil law" procedure from the German perspective", en *Litigation of Business Matters in the US and International Legal Assistance*, ed. Roger Zäch, Haupt, Berna, 1984, pp. 21-42.

- SERESIA, A., "La Convention de La Haye du novembre 1896, relative à la procédure civile", *Revue du Droit international et législation comparée*, serie 2^a, T. III, 1901, pp. 569-593.
- SHEMANSKI, D.R., "Obtaining Evidence in the Federal Republic of Germany. The impact of Hague Evidence Convention on German-American Judicial Cooperation", *I.L.*, 1983, pp. 465 y ss.
- SIMON-DEPITRE, M., "Entraide judiciaire (matière civile)", *Encyclopedie Dalloz de Droit International*, vol. I, París, 1968, pp. 744-747.
- SLOMANSON, W.R., "The US Supreme Court position and the Hague Evidence Convention", *I.C.L.Q.*, vol. 37, 1988, pp. 391 y ss.
- SLOMANSON, W.R., *Discovery and Service of Process in International Litigation: An annotated Bibliography: International Law Bibliography*, Oceana Publications, Nueva York, 1988.
- SMIT, H., "International Control of International Litigation: Who benefits?", *L. & Contemp'y Pr.*, 1994-3, pp 25 y ss.
- SMIT, H., "International Co-operation in civil Litigation: Some Observations on the rules of international Law and Reciprocity", *N.I.L.R.*, 1962, pp. 137-150.
- SMIT, H., *International co-operation in litigation: Europe*, Nijhoff, La Haya, 1965.
- SMITH, T.C., "Discovery of Documents Located Abroad in US Antitrust Litigation: Recent Developments in the Law Concerning the Foreign Illegality Excuse for Non Production", *Va. J. Int'l.L.*, 1974, pp. 747 y ss.
- STIEFEL, E., "Discovery"-Probleme und Erfahrungen im Deutsch-Amerikanischen Rechtshilfeverkehr", *RIW*, 1979, pp. 509 y ss.
- STÜRNER, R. K., *Der Justikonflikt mit dem Vereinigten Staaten von Amerika*, Ed. Walter J. Habscheid, Gieseking, Munich, 1985.
- STÜRNER, R. K., "Die Gerichte und Behörden der USA und die Beweisaufnahme in Deutschland", *ZVfIRWiss*, 1982, pp. 159-214.

- STÜRNER, R. K., "Rechtshilfe nach dem Haager Beweisübereinkommen für Common Law-Länder", *JZ*, 1981, pp. 521-525.
- SUTHERLAND, P.F., "The Use of the letters of request (or Letter Rogatory) for the purpose of obtaining evidence for proceedings in England and abroad", *I.C.L.Q.*, 1982, pp. 784 y ss.
- TOMS III, B.C., "The French Response to the Extraterritorial application of United States Antitrust Law", *I.L.*, 1981, pp. 585 y ss.
- TROCKER, N., "Il contenzioso transnazionale e il diritto delle prove", *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pp. 475-507.
- UBERTAZZI, G.M., "Limiti all' esecuzione in Italia di provvedimenti straniere concernenti mezzi de prova", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1973, pp. 374-395.
- VACA SANCHEZ DEL ALAMO, J.M., "Régimen del proceso civil con elemento extranjero: representación, defensa y asistencia judicial gratuita", *R.G.D.*, 1989, núm. 532-533, pp.47-53.
- VICENTE MARTINEZ, M.A., "Comisiones rogatorias extrajudiciales", *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 11-12, 1991, pp. 429 y ss.
- VIÑAS FARRE, R., "El Convenio entre el Reino de España y la República de Bulgaria sobre asistencia judicial en materia civil", *R.E.D.I.*, 1994-2, pp. 925 y ss.
- VOLKEN, P., "Conflits de jurisdictions, entraide judiciaire, reconnaissance et exécution des jugements étrangères", en AA.VV *Le nouveau droit international privé suisse*, CEDIDAC, Lausanne, 1988, pp. 233 y ss.
- VOLKEN, P., *Die Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen*, Zürich, 1996.
- WALLACE "Control through Disclosure Legislation-Foreign Multinational Enterprises in Industrialised States", *I.C.L.Q.*, 1983, pp. 141-174.
- WALKER, G.K., "The Federal Rules of Civil Procedure in the Context of Transnational Law", *L. & Contemp'y Pr.*, 1994-3, pp 183 y ss.

- WILKS, W.L./GOLDBERG, N.E., "The Unsolved Problem in Taking Evidence Abroad: The Non-Rule of *Aerospatiale*", *Dickinson J.Int'l L.*, 1988.1, pp. 65 y ss.
- WOLFSON, Ch., "Cooperación Judicial Internacional", IV Congreso de la International Bar Association, Madrid, julio 1952, Doc. núm. 1.
- WOTMAN, D., "The Hague Convention on the Taking of evidence abroad in civil or commercial matters.- A comparison with federal rules procedures", *Brooklyn Journal of International Law*, 1981-2, pp. 365-412.

3. Comentarios de jurisprudencia

- ALBERT GARCIA, J., "A look Behind the *Aerospatiale* Curtain or Why the Hague Evidence Convention Had to Be Effectively Nullified", *Texas I.L.J.*, 1988, pp. 269-289.
- ANDRES SAENZ DE SANTAMARIA, M^a P., "Nota a la Sent. Trib. Sup. de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 21 diciembre 1993", *R.E.D.I.*, 1994-2, pp. 726 y ss.
- ANDREWS, N.H., "Nota a la sent. dictada en el asunto Georgios Panayiotou v. Sony Music Entertainment (UK) Ltd", *C.L.J.*, 1994, pp. 147 y ss.
- ANDREWS, N.H., "Evidence relevant to foreign proceedings. Note to In re Norway's applications (no 1-2)", *C.L.J.*, 1989, pp. 149-206.
- BORN, G.B./WESTIN, D., "Notes on *Uddeholm*", en *International Civil Litigation in US Courts. Commentary and Materials*, Kluwer, 1992, pp.444-447.
- BORN, G.B. Y WESTIN, D., "Notes on *Aerospatiale*", en *International Civil Litigation in US Courts. Commentary and Materials*, Kluwer, 1992, pp.432-439.
- BORRAS RODRIGUEZ, A., "Nota al Auto TS, de 24 abril 1989", *R.E.D.I.*, 1990-1, pp. 246 y ss.
- BOSCH, U., "Nota a la sent. LG Kiel, 30 junio 1982", *IPrax*, 1984, pp. 127 y ss.

- COUCHEZ, G., "Nota a la sent. dictada en el asunto Soc. Luxguard c. Soc. Sitraco et al.", *Rev. crit. dr. i. pr.*, 1995-1, pp 83 y ss
- DOCKRAY, M., "Evidence by Television (nota a la sentencia dictada en el asunto Garcin c. Amerindo)", *L.Q.R.*, 1992, pp. 561 y ss.
- DYER, A., "Aérospatiale c. US District Court for the Southern District of Iowa", *Rev. crit. dr. i. pr.* 1988-3, pp. 560-588.
- FRANCHI, G., "Nota a la sentencia Corte di cassazione, de 4 mayo 1966, núm. 1117, en el asunto Ditta D'Alfonso c. Ditta Kiesehorst", *RDProc*, 1967, pp. 533 y ss.
- FRANCHI, G., "Assunzione del teste straniero e validité della rogatoria consolare (nota a Cass. civile 14 aprile 1969, n. 1185)", *Giurisprudenza italiana*, 1970, I.1, pp. 1861 y ss.
- FUMAGALLI, L., "Brevi note in tema di esecuzione in Italia di provvedimenti istruttori stranieri (nota a la sentencia dictada en el asunto Stanadyne Automovie e al. c. a.w. M. Traverso", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992-3, pp. 481 y ss,
- FUMAGALLI, L., "Problemi di conflitto tra convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 e leggi locali. Il caso "Aeroapatiale"", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, pp. 709 y ss.
- GARCIA VELASCO, I., "Notas a la Sentencia TS (S^a 1^o), de 27 mayo 1985 y Sent. AT Palma de Mallorca, de 11 julio 1984", *R.E.D.I.*, 1986-1, pp. 221 y ss.
- GONZALEZ CAMPOS, J.D., "Nota Sent. TS (S^a 1^a), de 5 diciembre 1978", *R.E.D.I.*, 1981-2, pp. 658-659.
- HEIDENBERGER, P., "Entscheidung des US Supreme Court über Anwendung des Haager Beweisübereinkommen", *RIW*, 1987, pp. 540-541.
- HEIDENBERGER, P., "Die Supreme Court-Entscheidung zum Haager Beweisübereinkommen", *RIW*, 1987, pp. 666 y ss.
- KOCH, M., "US-Supreme Court halt Haager Beweisübereinkommen nur für fakultativ", *IPrax*, 1987-5, pp. 328 y ss.

- KOCH, H., "Norwegische Steuern von den House of Lords: Grundsatzfragen internationaler Rechtshilfe", *IPrax*, 1990-4, pp. 247 y ss.
- MANN, F.A., "Any Civil or Commercial Matter", *L.Q.R.*, 1986, pp. 505-509.
- MANN, F.A., "Civil or commercial matters. Note to Re Norway's Application (1989) 2 W.L.R. 458", *L.Q.R.*, 1990, p. 354.
- MERHIGE, R.T., Jr., "The Westinghouse Uranium Case: Problems Encontered in Seeking Foreign Discovery and Evidence", *I.L.*, vol. 13, 1979, pp. 19-33.
- MUIR WATT, H., "Nota a la sent. dictada en el asunto Soc. Krupp et al. c. soc. Trailigaz et al.", *Rev. crit. dr. i. pr.*, 1993-1, pp. 46 y ss.
- MUNDIYA, T., "US Court invites Foreign Litigants to Use US Discovery Laws", *I.C.L.Q.*, 1993-1, pp. 356 y ss.
- NAGEL, H., "Nota a la sent. Siemens AG v. Bavarian Ministy of Justice", *IPrax*, 1982, pp. 138 y ss.
- PERCY, T.J., "Judicial Treatment of the Hague Convention and the worth of Internacional Judicial Comity: in Re Anschuetz and Co", *The American University of International Law and Policy*, 1987-1, vol. 2, pp. 331-360.
- ROSENFELD, P.A., "Nota a la sent. Soc. Luxguard c. Soc. Sitracco et al.", *La Semaine Juridique*, ed. G, núm. 21-22, pp. 200 y ss, núm. 22436.
- SCHLOSSER, P., "Der lange arm der deutschen Kindschafts und Familiengerichte (nota a la sent. Bundesgerichtshof, de 9 abril 1986)", *IPrax*, 1987, pp. 153 y ss.
- STIEFEL, E. C./PETZINGER, W.F., "Deutsche Parallelprozeß zur Abwehr amerikanischer Beweiserhebungsverfahren", *RIW*, 1983, pp. 242 y ss.
- WASSERMANN, "Nota a la sent. Laker Airways v. Pan American", *Harvard I.L.J.*, 1985, pp. 201-208.

REUNIÓN DEL COMITÉ DE SELECCIÓN DE LA ESCUELA DE
 LA FECHA, A LAS HORAS DE
 DOCTORAL CON LA TESIS
 MADRID, 27 junio 1997 *Aprobada laudetur
 unanimidad*

J. C. Fernández Rozas

J.C. Fernández Rozas

Luís Morés

Luís Morés

Alfredo Baral

D. Uijó

V. Sáiz

Silvia Sáiz de Muro